Die Stellung des stillen Gesellschafters bei Auflösung der stillen Gesellschaft.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

bei der

Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Josef Kluth

Gerichtsreferendar aus Mülheim am Rhein.

Mülheim am Rhein
Druck von Gebrüder Künstler
1909.

Meinen Eltern

und

meiner Schwester Magdalena!

Literaturverzeichnis.

Anschütz-Völderndorff, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Erlangen 1868.

Band, Kommanditgesellschaft und stille Gesellschaft, Diss. Dillenburg 1895.

Bauer, Die stille Gesellschaft, Leipzig, 1894.

Beelitz, Die Haftung des Kommanditisten aus den Schulden der Kommanditgesellschaft, Diss. Leipzig 1908.

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts, Berlin u. Leipzig 1886.

Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Bucher, Das Recht der stillen Gesellschaft, Diss. Leipzig 1908.

Cosack, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger eines zahlungsunfähigen Schuldners innerhalb und außerhalb des Konkurses nach deutschem Reichsrechte, Stuttgart 1884.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, Stuttgart 1903.

Cosack, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts, Jena 1904. Bd. 2.

Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuches. Amtliche Ausgabe.

Dernburg II. 3. Aufl. 1905. Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens

Dießner, Das Recht der stillen Gesellschaft, Diss. Leipzig 1906.

Eberlein, Die stille Gesellschaft nach dem Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 10. Mai 1897, Diss. Greifswald 1898.

Eckelmann, Beiträge zur Lehre von der Auflösung der stillen Gesellschaft, Diss. Leipzig 1908.

Endemann, Handbuch des deutschen Handels- und Wechselrechts, Leipzig 1881. Bd. 1.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.

Fäh, Die Haftung des Kommanditisten gegenüber den Gesellschaftsgläubigern nach dem neuen Handelsgesetzbuch, Diss. Leipzig 1905.

Frank, Zur Lehre von der stillen Gesellschaft, Diss. Leipzig 1902

Freese, Die Kommanditgesellschaft und die stille Gesellschaft. Ein Vergleich, Diss. Greifswald 1877.

Frommer, Uebereinstimmungen und Unterschiede zwischen der Kommanditgesellschaft und der stillen Gesellschaft nach dem deutschen Handelsgesetzbuch, Königsberg 1889.

Gareis-Fuchsberger, Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch, Berlin 1891.

Goldmann, Das Handelsgesetzbuch, Berlin 1905.

Goldschmidt, Universalgeschichte des Handelsrechts, Stuttgart 1891.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Bd. 29.
von Hahn, Kommentar zum Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch, Braunschweig 1871. Bd. 1.
Hammer, Die Haftung des Kommanditisten nach dem neuen Handelsrecht, Diss. Leipzig, 1902.
von Hövel, Worin unterscheidet sich die stille Gesellschaft des H. G. B. von der offenen Handelsgesellschaft und der Gesellschaft des B. G. B., Diss. Leipzig 1903.
Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung. 2. Aufl. Berlin 1904.
Jaeger, E., Die Gläubigeranfechtung außerhalb des Konkurses, Berlin 1905.
Junghanns, Die stille Gesellschaft des Handelsgesetzbuchs vom 10. Mai 1897, Diss. Leipzig 1904.
Juristische Wochenschrift, Herausgegeben von Dr. Hugo Neumann.
Küster, Kommandit- und stille Gesellschaft, Diss. Göttingen 1888.
Lastig, Die Auflösung der kaufmännischen Gesellschaften, Halle 1900.
Lastig, Die stille Gesellschaft, Halle 1871
Lehmann, Das Handelsrecht, Leipzig 1908.
Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das deutsche Reich, Berlin 1902.
Löwenstein, Die stille Gesellschaft nach dem allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch und dem Entwurf eines neuen Handelsgesetzbuches. München 1896.
Löwy, Die stille Gesellschaft in ihrem Verhältnis zu der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, Diss. Charlottenburg-Berlin 1900.
Lutz, Protokolle der Nürnberger Kommission zur Beratung eines Allg. D. H. G. B. Würzburg 1858.
Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar, 13. Aufl. Berlin 1906
Markus im Recht 1903.
Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe. Berlin 1896.
Münch, Rechte und Pflichten des stillen Gesellschafters nach den Bestimmungen des H. G. B. vom 10. Mai 1897, Diss. Leipzig 1908
Pfennig, Kommandit- und stille Gesellschaft. Ein Vergleich, Diss. Rostock 1902.
Planck, Kommentar zum B. G. B. 3. Aufl. Berlin 1907. Bd. 2.
Petersen-Kleinfeller, Kommentar zur Konkursordnung 2. Aufl. 1900.
Puller, Die Haftung des Kommanditisten. Diss. Leipzig 1907.
Reinhardt, Beiträge zur Lehre von der Kommanditgesellschaft, Diss. Erlangen 1896.
Renaud, Das Recht der stillen Gesellschaften und der Vereinigungen zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung, herausgegeben und ergänzt von Laband, Heidelberg 1883.
Renaud, Das Recht der Kommanditgesellschaften, Leipzig 1881.
Rettig, Die stille Gesellschaft des H. G. B. im Verhältnis zu der Gesellschaft des B. G. B., Berlin 1902.
Schoen, Vergleichende Darstellung der Rechtsverhältnisse der Kommanditgesellschaft und der stillen Gesellschaft nach dem Allgemeinen Deutschen H. G. B., Diss. Königsberg 1889.
Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch I. 8. Aufl., Berlin 1906.
Stühmke, Die stille Gesellschaft nach dem Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897, Diss. Leipzig 1908.

Sydow-Busch, Konkursordnung, Berlin 1902.
Puchelt, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Leipzig 1895, Bd. 1.
Thöl. Das Handelsrecht, Leipzig 1895. Bd. 1
Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen auf dem Gebiete des Zivil-, Handels- und Prozeßrechts, Leipzig 1906. 2. Jahrgang.
Weiser, Die stille Gesellschaft nach dem Handelsgesetzbuche vom 10. Mai 1897, Diss. Leipzig 1905.
Wendel, Die Rechtsstellung der Kommplementare und Kommanditisten gegenüber der Kommanditgesellschaft und dem Gläubiger während Bestehens und im Konkurs der Gesellschaft, Diss. Bonn 1899.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Frankfurt 1900, Bd. 2.
Wunnenberg, Die Unterschiede zwischen der stillen Gesellschaft des H. G. B. einerseits, der offenen Handelsgesellschaft und der Gesellschaft des B. G. B. andererseits, Diss. Leipig 1906.

Abkürzungen:

R. G. Z = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
R. O. H. G. = Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
Cosack H. G. B = Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts.
Cosack B. G. B. = Cosack, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts.
Cosack A. G. = Cosack, Gläubigeranfechtung.
J. W. = Juristische Wochenschrift.
Lastig in E = Lastig in Endemams Handbuch des deutschen Handels- und Wechselrechts.

Inhaltsübersicht.

I. Teil.

Seite

A. Vorbemerkung . . . . . 1—2

B. Begriff und rechtliche Natur der stillen Gesellschaft:

1. Abschnitt: Begriff . . . . . 2—3
2. Abschnitt: Rechtliche Natur . . . . . 3—13

C. Auflösungsgründe der stillen Gesellschaft . . . . . 13—14

II. Teil.

Wirkung der Auflösung der stillen Gesellschaft auf die Stellung des stillen Gesellschafters . . . . . 15—79

A. Die Wirkung im Allgemeinen ohne Rücksicht auf den Auflösungsgrund 15—52

1. Abschnitt: Der stille Gesellschafter verliert die Stellung eines „Gesellschafters“ . . . . . 15—18
2. Abschnitt: Der stille Gesellschafter verliert jede Einwirkung auf den Betrieb des Handelsgewerbes . . . . . 18—20
3. Abschnitt: Der Komplementar unterliegt nicht mehr dem Konkurrenzverbot . . . . . 20—21
4. Abschnitt: Es entfällt die Einlagepflicht des stillen Gesellschafters 21—22
5. Abschnitt: Es entfällt die Beteiligung des stillen Gesellschafters an dem Ergebnisse des Handelsgewerbes . . . . . 22—24
6. Abschnitt: Es entstehen neue Rechte und Pflichten des stillen Gesellschafters . . . . . 24—52

a) Das Recht des stillen Gesellschafters auf Auseinandersetzung 24—27

b) Das Recht des stillen Gesellschafters auf Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens . . . . . 27—37

1. Allgemeines . . . . . 27—28
2. Das Guthaben kann in einem Kapital- und Gewinnkonto bestehen . . . . . 28—29
3. Berechnung des Guthabens . . . . . 29—37

α. Der für die Berechnung maßgebende Wert . . . . . 29—32

β. Der für die Berechnung maßgebende Zeitpunkt . . . 32—33

γ. Verrechnung der Vermögenseinlage des stillen Gesellschafters . . . . . 33—35

δ. Anspruch des stillen Gesellschafters auf Rückgabe der quoad usum eingelegten Gegenstände . . . . . 35—36

ε. Gewinnkonto des stillen Gesellschafters 37

Seite

c) Passivsaldo des stillen Gesellschafters . . . . . 37—40
d) Anspruch des stillen Gesellschafters auf abschriftliche Mitteilung der Endbilanz 40
e) Recht des stillen Gesellschafters auf Einsicht der Bücher und Papiere . . . . . 40—41
f) Pflicht des stillen Gesellschafters zur Entlastungserteilung . . 41
g) Beteiligung des stillen Gesellschafters an dem Ergebnisse der schwebenden Geschäfte . . . . . 42—48
1. Allgemeines . . . . . 42—44
2. Kein Abberufungsrecht des stillen Gesellschafters . . . . 45—46
3. Kontrollrechte des stillen Gesellschafters . . . . . 46—48
h) Art und Zeit der Geltendmachung des Auseinandersetzungsguthabens . . . . . 48—50
1. Art der Geltendmachung . . . . . 48—49
2. Zeit der Geltendmachung . . . . . 49—50
i) Uebertragbarkeit des Auseinandersetzungsguthabens . . . . 50—52

B. Die Stellung des stillen Gesellschafters bei Auflösung der Gesellschaft durch Konkurseröffnung . . . . . 52—79
1. Abschnitt: Allgemeines . . . . . 52—53
2. Abschnitt: Konkurs über das Vermögen des stillen Gesellschafters 53—54
3. Abschnitt: Konkurs über das Vermögen des Komplementars . . 54—79
a) Allgemeines . . . . . 54—58
b) Der stille Gesellschafter als Konkursgläubiger . . . . . 58—61
c) Der stille Gesellschafter als Konkursschuldner . . . . . 61—63
d) Das Anfechtungsrecht aus § 342 H. G. B . . . . . 63—79
1. Allgemeines . . . . . 63—64
2. Voraussetzungen . . . . . 64—68
3. Rechtsgrund . . . . . 69—78
4. Rechtswirkung . . . . . 78—79

I. Teil.

A. Vorbemerkung.

Gegenstand der vorliegenden Abhandlung soll die Stellung des stillen Gesellschafters bei Auflösung der stillen Gesellschaft bilden, und zwar versteht der Verfasser hierunter in zeitlicher Beziehung diejenige Stellung, welche der stille Gesellschafter vom Augenblicke der Auflösung der Gesellschaft an bis zur gänzlichen Erledigung aller derjenigen Rechtsbeziehungen, welche durch die Begründung und Fortdauer der Gesellschaft zur Entstehung gelangt sind, einnimmt. Für diese Zeit soll die „Stellung" des stillen Gesellschafters charakterisiert werden, d. h. es sollen diejenigen Rechte und Pflichten, die dem stillen Gesellschafter nach Auflösung der Gesellschaft zustehen bezw. obliegen, nach ihrem tatsächlichen und rechtlichen Inhalte näher untersucht werden. Zu diesem Zwecke wird auszuführen sein, wie die Tatsache der Auflösung auf die dem stillen Gesellschafter während des Bestehens der Gesellschaft zustehenden Rechte und obliegenden Pflichten einwirkt, welche Rechte und Pflichten untergehen, welche sich ihrem Inhalte nach ändern und welche neu entstehen.

Hierbei wird der Verfasser alle diejenigen Momente in Berücksichtigung ziehen, durch welche sich die Stellung des stillen Gesellschafters nach Auflösung der stillen Gesellschaft von der Stellung des Kommanditisten nach Auflösung der Kommanditgesellschaft unterscheidet bezw. in welchen Punkten sich ihre Stellungen berühren.

Diese besondere Berücksichtigung der Stellung des Kommanditisten ist einmal deshalb gerechtfertigt, weil die historische Grundlage beider Gesellschaften dieselbe ist und zwischen beiden Gesellschaften auch noch im modernen Rechte sowohl wirtschaftliche wie rechtliche Verwandtschaft besteht.[1]) Die Berücksichtigung ist weiterhin vor allem deshalb begründet, weil in diesen verwandten Rechtsgebilden, die beide den Zweck gemein haben, beschränkt und unbeschränkt beteiligte Gesellschafter zu vereinen,[2])

[1]) Behrend, § 85, S. 609.

[2]) Denkschrift, S. 181.

die Stellung des Kommanditisten in der bestehenden Kommanditgesellschaft der Stellung des stillen Gesellschafters in der bestehenden stillen Gesellschaft entspricht, indem sie beide als beschränkt beteiligte Gesellschafter auftreten, wenn auch ihre Stellungen in wesentlichen Punkten von einander abweichen.

Um nun in der gedachten Weise darlegen zu können, welche Einwirkung die Auflösung der stillen Gesellschaft auf die rechtliche Stellung des stillen Gesellschafters ausübt, muß zunächst in Kürze der Begriff und hieraus die rechtliche Natur der stillen Gesellschaft festgestellt werden, und zwar aus folgenden Gründen:

Von dem Begriffe und der rechtlichen Natur der stillen Gesellschaft hängt es ab, welchen rechtlichen Charakter die Auflösung selbst trägt, eine Frage, deren Beantwortung von Bedeutung für die Stellung des stillen Gesellschafters als solchen ist.

Die Feststellung der rechtlichen Natur der stillen Gesellschaft ist wesentlich für die Beantwortung der Frage, welche Rechtssätze neben den im fünften Abschnitte des zweiten Buches des Handelsgesetzbuches getroffenen Bestimmungen subsidiär nicht nur auf die bestehende, sondern auch auf die aufgelöste stille Gesellschaft zur Anwendung zu kommen haben. Denn es sei vorausbemerkt, daß obiger Abschnitt des Handelsgesetzbuches keine erschöpfende Regelung der rechtlichen Stellung des stillen Gesellschafters nach Auflösung der Gesellschaft gibt und demnach andere Gesetzesbestimmungen zur Ergänzung herangezogen werden müssen, sei es nun, daß sonstige Vorschriften des Handelsgesetzbuches oder gemäß Artikel 2 des Einführungsgesetzes zum Handelsgesetzbuche Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches zur Anwendung kommen.

B. Begriff und rechtliche Natur der stillen Gesellschaft.

1. Abschnitt. Begriff.

Während das A. d. H. G. B. in Artikel 250 Abs. 1 eine Begriffsbestimmung der stillen Gesellschaft gab, ist eine solche Legaldefinition aus Zweckmäßigkeitsrücksichten im neuen H. G. B. vermieden worden.[1]) Es ist demnach nunmehr der Begriff aus den einzelnen Gesetzesbestimmungen zu

[1]) Löwenstein, S. 12, sieht dies als einen Mangel der Gesetzgebung an.

entnehmen, und zwar sind zur Bestimmung des Begriffes die §§ 335 und 336 H. G. B. heranzuziehen.[2]) Hiernach ist die stille Gesellschaft eine auf Grund Vereinbarung herbeigeführte Vereinigung zweier verpflichtungsfähiger Personen derart, daß sich der eine Kontrahent, stiller Gesellschafter, an dem Handelsgewerbe des anderen Kontrahenten, des Komplementars, mit einer in das Vermögen des letzteren übergehenden bestimmten oder doch bestimmbaren[3]) Vermögenseinlage in der Weise beteiligt, daß er am Gewinn und regelmäßig auch am Verluste des Handelsgewerbes teilnimmt. In den Begriff sind nicht die Momente aus § 337 Abs. 2 S. 1 und § 340 Abs. 1 H. G. B. aufzunehmen, da diese nicht Wesensbestandteile der stillen Gesellschaft, sondern lediglich notwendige Konsequenzen aus dem stillen Gesellschaftsverhältnis bilden. Es sind notwendige Folgeerscheinungen, nicht Voraussetzungen.[4]) Erachten wir demnach die obige Begriffsbestimmung als erschöpfend, so ergeben sich als einzelne Begriffsmerkmale der stillen Gesellschaft:

1. Zwei rechtsfähige Personen, und zwar nur zwei Personen, der Komplementar, welcher Kaufmannseigenschaft besitzen muß, und der stille Gesellschafter.
2. Vereinbarung, nämlich der Gesellschaftsvertrag.
3. Beteiligung des stillen Gesellschafters mit einer bestimmten oder doch bestimmbaren Vermögenseinlage an dem Handelsgewerbe des Komplementars, demnach
4. Betrieb eines Handelsgewerbes durch den Komplementar.
5. Uebergang der Vermögenseinlage in das Vermögen des Geschäftsinhabers, demnach kein gemeinschaftliches Gesellschaftsvermögen.
6. Beteiligung seitens des stillen Gesellschafters an dem Ergebnisse des Handelsgewerbes, regelmäßig auch an dessen Verluste.

Sind diese sämtlichen Momente in einem Rechtsverhältnisse enthalten, so ist dieses Rechtsverhältnis als stille Gesellschaft zu bezeichnen.

2. Abschnitt. Rechtliche Natur.

Es ist nun aus diesem Begriffe der stillen Gesellschaft ihre juristische Struktur zu entnehmen. Es ist zu untersuchen, ob die aufgeführten Begriffsmerkmale nur der stillen Gesellschaft eigentümlich sind, diese demnach ein besonderes, im Gesetz anderweitig nicht geregeltes Rechtsinstitut bildet,

[2]) Denkschrift, S. 183, 197; Staub, Anm. 4, § 335, S. 1099; Junghanns, S. 9.
[3]) Staub, Anm 15, § 335, S. 1101.
[4]) Junghanns, S. 10.

oder ob sich diese Merkmale auch bei einem an anderer Stelle geordneten Vertragsverhältnisse als Wesensbestandteile vorfinden, die stille Gesellschaft demnach mit diesem Vertragsverhältnisse in seiner rechtlichen Natur identisch oder ähnlich ist.

Fassen wir nun die beiden unter Nr. 5 und 6 aufgeführten Begriffsmerkmale ins Auge, so finden wir, daß die Vertragsparteien mit der Begründung des stillen Gesellschaftsverhältnisses denselben Zweck verfolgen, nämlich Gewinn zu erzielen, denn um diesen Zweck zu erreichen, macht der stille Gesellschafter eine Vermögenseinlage in das Vermögen des Geschäftsinhabers, und letzterer verwendet dieses Vermögen in seinem Handelsgewerbe um desselben Zweckes willen, und zwar ist für beide Gesellschafter die Erzielung des Gewinnes an dieselbe Tatsache geknüpft. Denn dies ist davon abhängig, ob das von dem Komplementar betriebene Handelsgewerbe Gewinn bringt oder nicht. Es wird demnach, da der Vorteil und Nachteil für beide von den gleichen Umständen, nämlich von dem wirtschaftlichen Ergebnisse desselben Geschäfts abhängig gemacht wird, eine Interessengemeinschaft herbeigeführt.

Eine solche rechtliche Interessengemeinschaft ist nun gerade dem Gesellschaftsverhältnisse eigentümlich, und zwar ist diese das charakteristischste Merkmal einer jeden Gesellschaft.[1]) Bei fast allen übrigen Rechtsverhältnissen bestehen die Interessen der beteiligten Rechtssubjekte unabhängig neben einander, sind meistenteils völlig von einander verschieden und stehen vielfach in direktem Gegensatze zu einander. Decken sie sich aber, so ist es kein von den Parteien gewolltes, sondern ein mehr zufälliges Zusammentreffen der Interessen. Dies ist bei der Gesellschaft nicht der Fall, denn der aus § 705 B. G. B. zu entnehmende, den einzelnen Gesellschaftsarten übergeordnete Gesellschaftsbegriff ist dahin zusammenzufassen: Die Gesellschaft ist die vertragsmäßige Vereinigung mehrerer bestimmter Personen zur Erreichung gemeinsamer Zwecke durch gemeinschaftliche Förderung. Also liegt auch hier der Zweck der Vereinigung von Personen zur Gesellschaft in der Erreichung ein und desselben Zieles, demnach auch hier Interessengemeinschaft. Zwingt nun diese Uebereinstimmung der stillen Gesellschaft mit dem vom B. G. B. als „Gesellschaft" bezeichneten Rechtsverhältnisse zu der Annahme, daß die stille Gesellschaft eine wirkliche „Gesellschaft" ist, oder ist trotz dieser Uebereinstimmung wegen Verschiedenheiten in anderen Begriffsmerkmalen die stille Gesellschaft als ein anderes Vertragsverhältnis aufzufassen?

[1]) Aehnlich Löwy, S. 14.

Hierauf ist folgendes zu sagen: Fehlen der stillen Gesellschaft, abgesehen von der Interessengemeinschaft die sonstigen zum Begriffe der Gesellschaft notwendigen Momente, so ist der stillen Gesellschaft trotz jener Uebereinstimmung die rechtliche Natur des Gesellschaftsverhältnisses abzusprechen, finden sich dagegen auch die übrigen Begriffsmerkmale, wenn auch mit erweitertem oder begrenztem Inhalte, bei der stillen Gesellschaft vor, so kann m. E. ein Zweifel über die Gesellschaftsnatur nicht mehr bestehen.

Die stille Gesellschaft, wie die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft streben die Erreichung eines den Gesellschaftern gemeinsamen Zweckes an, und zwar kann bei der letzteren der Zweck der verschiedensten Art, wirtschaftlicher und ideeller Natur sein, während die stille Gesellschaft nur den Zweck des wirtschaftlichen Erfolges, des Erwerbes, verfolgt. Hierin liegt jedoch kein begrifflicher Unterschied, sondern nur eine engere Umgrenzung der Existenzmöglichkeit der stillen Gesellschaft gegenüber der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts.

Bei beiden Gesellschaftsformen wird der gemeinsame Zweck durch gemeinschaftliche Förderung angestrebt, allerdings ist die Art der Förderung in beiden Fällen regelmäßig verschieden. Nach § 705 B. G. B. liegt bei der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft die Förderung des gemeinsamen Zweckes in der Leistung der vereinbarten „Beiträge", und zwar haben die Gesellschafter regelmäßig die gleichen Beiträge zu leisten. Diese Beiträge werden nun, wie sich aus § 706 B. G. B. ergiebt, im Regelfalle in der Leistung von barem Geld oder sonstigen körperlichen Gegenständen bestehen; es können aber auch Dienstleistungen als „Beiträge" vereinbart werden. Bestehen die Beiträge in vertretbaren oder verbrauchbaren Sachen oder in solchen, die nach einer nicht nur für die Gewinnverteilung bestimmten Schätzung beizutragen sind, so gehen sie im Zweifel in das gemeinschaftliche Eigentum der Gesellschafter über. Der Normalfall ist also der, daß die Beiträge in das Gesellschaftsvermögen geleistet werden, dieses Vermögen demnach die Grundlage zur Erreichung des von den Gesellschaftern gesteckten Zieles bilden.

Demgegenüber macht der stille Gesellschafter eine „Vermögenseinlage" und der Komplementar betreibt unter Verwendung dieser Einlage das ihm gehörige Handelsgeschäft.

Die Einlage oder der Beitrag des Komplementars — wie weit ein Unterschied zwischen Beitrags- und Einlagepflicht zu machen ist, soll hier nicht untersucht werden — besteht also stets und in erster Linie in Dienstleistungen, nämlich in den Betreiben des Handelsgewerbes und wird häufig

noch außerdem in Vermögensobjekten, die er in seinem Geschäfte verwendet, bestehen. Letzteres ist jedoch nicht erforderlich, es kann vielmehr das einzige Betriebskapital die Einlage des stillen Gesellschafters bilden

Die Vermögenseinlage des stillen Gesellschafters wird, wie bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, im Regelfalle in der Leistung von barem Geld oder sonstigen Sachen bestehen, wenn auch, wie später noch auszuführen sein wird, die Vermögenseinlage anderer Art sein kann. Demnach ist in der Art der Beiträge selbst ein begrifflicher Unterschied zwischen den beiden Gesellschaftsverhältnissen nicht zu erblicken, nur besteht bei der stillen Gesellschaft die Besonderheit, daß der stille Gesellschafter seine Einlage „in das Vermögen des Geschäftsinhabers" macht, nicht in gemeinschaftliches Gesellschaftsvermögen und die Vermögenseinlage des Komplementars, wenn er solche außer seinen Dienstleistungen einbringt, in dessen Vermögen verbleibt. Gesellschaftsvermögen ist bei der stillen Gesellschaft begrifflich ausgeschlossen. Es entsteht weder eine Gemeinschaft zur gesamten Hand zwischen dem stillen Gesellschafter und Komplementar, wie dies bei den Mitgliedern der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts der Fall ist, wenn Gesellschaftsvermögen gebildet wird, noch begründet die Vermögenseinlage seitens des stillen Gesellschafters für diesen Miteigentum an dem Handelsgewerbe des Komplementars, wie dies regelmäßig bei der römisch-rechtlichen societas der Fall war. Der Komplementar wird Eigentümer der Einlage und bleibt Alleineigentümer des Handelsgeschäftes. Es fragt sich nun, ob dieser Umstand verhindert, der stillen Gesellschaft die Natur einer Gesellschaft beizulegen Dies wäre jedoch nur dann der Fall, wenn bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts das Vorhandensein von Gesellschaftsvermögen begrifflich notwendig, somit eine Gesellschaft ohne Gesellschaftsvermögen undenkbar wäre. Dies ist für den jetzt im B. G. B. aufgestellten Gesellschaftsbegriff ebenso zu verneinen, wie für die römisch-rechtliche societas, jedoch mit dem Unterschiede, daß bei letzteren ein besonderes Gesellschaftsvermögen ausgeschlossen war.[2]) Es fehlt im B. G. B. jede Vorschrift, welche das Erfordernis eines Gesellschaftsvermögens aufstellt.[3]) § 718 B. G. B. ist nicht zwingender Natur, wie überhaupt die in §§ 706 bis 740 B. G. B. enthaltenen Einzelbestimmungen reine Dispositivvorschriften sind. Es kann folglich eine von dieser Bestimmung abweichende Vereinbarung getroffen werden. Es kann demnach sehr wohl eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts ohne selbstständiges Gesellschaftsvermögen

[2]) Dernburg, Pandekten.

[3]) Lehmann-Ring Nr. 8, S. 666. Dießner S. 1.

bestehen, obwohl Vermögenswerte als Beiträge geleistet werden. Zudem ist auch aus § 706 Abs. 2 B. G. B., der Dienstleistungen als Beiträge zuläßt, zu ersehen, daß ein Gesellschaftsvermögen nicht Wesensbestandteil der Gesellschaft ist. Das Gegenteil geht auch aus den Motiven zum Entwurf des B. G. B. II, S. 3, 595 und den Protokollen der 2. Kommission für den Entwurf eines B. G. B. I S. 622 f hervor. Es kann demnach das Gesellschaftsverhältnis des bürgerlichen Rechts in einer lediglich obligatorischen Gebundenheit der Gesellschafter bestehen; es gibt eine offene und eine stille bürgerlich-rechtliche Gesellschaft. Dagegen ist die stille Gesellschaft „begrifflich" ein obligatorisches Rechtsverhältnis, bei welchem also eine dingliche Gebundenheit ausgeschlossen ist. Die hieraus zu ziehende Folgerung ist, daß die stille Gesellschaft notwendig ein nur zwischen den Kontrahenten wirkendes, nach außen nicht hervortretendes Rechtsverhältnis ist, die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts dagegen im Regelfalle eine Außengesellschaft darstellt, da sie mit der regelmäßig vorhandenen vermögensrechtlichen Gemeinschaft in die äußere Erscheinung tritt. Aber wie bereits dargetan, braucht, da die Bestimmungen im B. G. B. über das Hervortreten nach außen nicht zwingend sind, eine vermögensrechtliche Gemeinschaft überhaupt nicht zu bestehen, es kann sich vielmehr das Gesellschaftsverhältnis in ihren obligatorischen Beziehungen erschöpfen.

Hiernach widerspricht weder das Fehlen eines Gesellschaftsvermögens noch die reine innerrechtliche Wirkung der stillen Gesellschaft der rechtlichen Natur als Gesellschaft,[4]) sie würden vielmehr nur dazu berechtigen, dieselbe als eine besondere Art der Gesellschaft aufzufassen.

Ebenso wie in den bisher untersuchten Begriffsmerkmalen ist in den übrigen Momenten ein begrifflicher Widerspruch zwischen der stillen Gesellschaft und derjenigen des bürgerlichen Rechts zu finden. Die erstere können zwar nur zwei Personen eingehen, während Mitglieder der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft eine unbegrenzte Anzahl von Personen sein können, dagegen genügen auch bei dieser zwei Personen zur rechtsgültigen Begründung eines Gesellschaftsverhältnisses. Ebensowenig macht es einen begrifflichen Unterschied, daß bei der stillen Gesellschaft von dem Komplementar Kaufmannsqualität gefordert wird.

Ergibt sich somit, daß der Begriff der stillen Gesellschaft demjenigen der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts nicht widerspricht, sondern in diesem aufgeht und nur insoweit eine engere Umgrenzung erfahren hat, als dies die natürliche Folge der Art der stillen Gesellschaft, als eines besonderen

[4]) Vgl. Denkschrift S. 182.

handelsrechtlichen Instituts mit sich bringt, so müssen wir folgerichtig der stillen Gesellschaft auch die rechtliche Natur einer Gesellschaft zuerkennen. Muß demnach der Gesetzestext, aus dem wir den Begriff abgeleitet haben, unbedingt zu dieser Auffassung führen, so wird außerdem diese Auffassung noch durch mehr oder weniger wichtige Begleiterscheinungen unterstützt.

Die geschichtliche Entwickelung spricht für unsere Ansicht.[5]) Die Urform der stillen Gesellschaft, wie auch die der Kommanditgesellschaft, ist die römisch-rechtliche societas, ein Vertrag, gerichtet auf die Vereinigung zweier oder mehrerer Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zieles mit gemeinsamen Mitteln. Sie diente ebenso wie die stille Gesellschaft und Kommanditgesellschaft im modernen Rechtsleben der Vereinigung von Arbeit und Kapital zur Verfolgung gemeinsamer wirtschaftlicher Ziele.

Die historische Grundlage der stillen Gesellschaft und der Kommanditgesellschaft ist die im Mittelalter in Italien zur Ausbildung gelangende Kommenda, deren Keim im antiken Vulgarrecht zu suchen ist.[6]) Sie war ursprünglich ein Vertrag, nach dem der Kommendatar dem Kommendator Waren mit dem Auftrage gab, sie an einem anderen entfernten, meist überseeischen Orte zu verkaufen, für den Erlös andere einzukaufen und heimzubringen. Nach der Rückkehr erfolgte dann Abrechnung und Gewinnverteilung. In der weiteren Entwickelung haben sich dann aus der Kommenda zwei Vertragsformen herausgebildet, nämlich die societas per modum participationis und die societas per viam accommanditae.[7])

Aus der participatio, welche auch, da sie nur Innengesellschaft war, compagnia secreta bezeichnet wurde, hat sich in Deutschland die stille Gesellschaft herausgebildet, während sich in Frankreich die accommandita zur Kommanditgesellschaft entwickelte.[8])

Trotz der verschiedenartigen Gestaltung dieser beiden Gesellschaften hat sich das gesellschaftliche Moment, das bereits die Kommenda aufwies, bis heute in denselben erhalten und sich weiter ausgebildet, nicht nur in der Kommanditgesellschaft, sondern auch in der stillen Gesellschaft.

Auch der Gesetzgeber hat die stille Gesellschaft als eine wirkliche Gesellschaft aufgefaßt wissen wollen, denn dies geht aus der Benennung „Gesellschaft" und der Behandlung derselben im zweiten Buche des Handelsgesetzbuches hervor, welches betitelt ist: „Handelsgesellschaften und stille

[5]) Vgl. Stühmke, S. 7.
[6]) Vgl. Goldschmidt, S. 254.
[7]) Vgl. Renaud, St. G., S. 5
[8]) Vgl. Lastig in E., S. 712.

Gesellschaft." Hiermit wird also einerseits zum Ausdruck gebracht, daß die stille Gesellschaft allerdings als Gesellschaft, und zwar als eine handelsrechtliche Gesellschaft angesehen werden soll, nicht aber als eine „Handelsgesellschaft", was seit der Publikation des neuen Handelsgesetzbuches allgemein anerkannt wird.[9]) Der stillen Gesellschaft fehlen zwei Momente, die für den Begriff der Handelsgesellschaft wesentlich sind, nämlich: Gesellschaftsfirma und Gesellschaftsvermögen. Dies sind auch diejenigen Momente, durch die sich die Kommanditgesellschaft im Wesentlichen von der stillen Gesellschaft unterscheidet. Die Kommanditgesellschaft ist eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist und bei welcher mindestens ein Gesellschafter nur mit einer bestimmten Vermögenseinlage und mindestens einer ohne diese Beschränkung den Gläubigern haftet.

Die Kommanditgesellschaft ist also, wie alle übrigen Handelsgesellschaften, eine besondere Art der Außengesellschaft des bürgerlichen Rechts, und so ist es natürlich, daß nach der äußeren Seite der Unterschied zwischen der Stellung des Kommanditisten und derjenigen des stillen Gesellschafters am schärfsten hervortritt.

Für unsere Ansicht, daß in der stillen Gesellschaft ein Gesellschaftsverhältnis zu erblicken ist, spricht auch insbesondere das durch § 338 H. G. B. begründete Kontrollrecht des stillen Gesellschafters, welches diesem die Befugnis einräumt, sich über den Vermögensstand des Handelsgewerbes des Komplementars zu informieren. Gerade auf diese Kontrollrechte legt das Reichsgericht bei der Entscheidung der Frage, ob in einem Vertrage eine Gesellschafts- oder Darlehnsvertrag zu erblicken ist, das größte Gewicht.[10])

Ferner ist das gemäß § 339 H. G. B. dem Gläubiger des stillen Gesellschafters zustehende Kündigungsrecht anzuführen und ebenso die später noch zu behandelnde Bestimmung, daß der Konkurs des stillen Gesellschafters die Auflösung der stillen Gesellschaft zur Folge hat, die ihren Grund in der gesellschaftlichen Natur der stillen Gesellschaft hat.

Zudem wird in den §§ 338, 339 H. G. B. auf Vorschriften des B. G. B. und H. G. B. verwiesen, welche die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft bezw. die Handelsgesellschaften zum Gegenstande haben.

Schließlich ist noch in diesem Sinne die Tatsache anzuführen, daß im kaufmännischen Leben stets die stille Gesellschaft als Gesellschaft aufgefaßt worden ist.

---

9) Staub Anm. 1, § 335, S. 1099; Lehmann-Ring Nr. 11, § 335, S. 666; vgl. auch Anschütz-Völdendorff, S. 873.

10) Vgl. Staub Anm. 22, § 335, S. 1102; Freese, S. 37; R. G. Z. 31, 34, 57, 177.

Ist hiernach die rechtliche Natur der stillen Gesellschaft zur Genüge dargetan, so sind noch in Kürze diejenigen Ansichten zu streifen, welche die stille Gesellschaft als ein Darlehns- bezw. ein modifiziertes Gläubiger- oder Kreditverhältnis betrachten. Es muß zugegeben werden, daß die stille Gesellschaft in manchen Beziehungen Aehnlichkeit mit dem Darlehnsverhältnisse aufweist oder wenigstens aufweisen kann; jedoch begründet diese Aehnlichkeit keine begriffliche Uebereinstimmung.

Aehnlichkeit besteht zwischen Darlehn und stiller Gesellschaft, indem stiller Gesellschafter und Darleiher ihr Eigentum an dem Hingegebenem aufgeben und dieses Eigentum auf den Komplementar bezw. Darlehnsempfänger übergeht. Diese Aehnlichkeit steigert sich noch, wenn der stille Gesellschafter als Vermögenseinlage Geld oder andere vertretbare Sachen hingibt und seine Teilnahme an dem Verluste des Handelsgeschäftes ausgeschlossen ist, oder wenn der stille Gesellschafter sich neben einem Anteile am Gewinn einen festen Zins und der Darleiher sich vom Vertragsgegner statt Zinsen Dividenden oder Dividenden und Zinsen versprechen läßt. Gewisse Aehnlichkeit besteht zwischen beiden Rechtsinstituten, wenn beim Darlehn vereinbarungsgemäß sich die Pflicht des Darlehnsempfängers auf Erstattung des Wertes der empfangenen Sachen in Geld und nicht auf Rückgabe von Sachen gleicher Art und Güte erstreckt (contractus mohatrae). Beim foenus nauticum des römischen Rechts war der Darleiher ähnlich an dem Verluste beteiligt wie der stille Gesellschafter, denn er übergab dem Darlehnsempfänger eine Geldsumme oder Waren, die auf seine Gefahr über See gehen sollten, auf die Dauer einer Seereise und ließ sich hohe Zinsen als Prämie für die Uebernahme der Gefahr versprechen. Nach glücklichem Ablaufe der Reise konnte er das Hingegebene zurückfordern. Trotz dieser Aehnlichkeiten kann die stille Gesellschaft nicht als Darlehnsverhältnis angesehen werden. Was von vornherein einen fundamentalen Unterschied zwischen stiller Gesellschaft und Darlehn macht, ist der Umstand, daß die Vermögenseinlage zur Erreichung des gemeinsamen Zweckes von Seiten des stillen Gesellschafters geleistet und von Geschäftsinhaber verwendet wird, während bei der Darlehnshingabe von Darleiher und Darlehnsempfänger ganz verschiedene oder doch von einander unabhängige Zwecke verfolgt werden. Es fehlt eben beim Darlehnsvertrage die rechtliche Interessengemeinschaft. Die gesetzliche Regelung gewährt daher dem Darleiher keinen Einfluß auf die Art der Verwendung der Darlehnssumme, da er ja kein rechtliches Interesse daran hat, ob diese zweckmäßig verwendet wird oder nicht. Denn sein rechtlicher Anspruch auf Rückgabe des

Darlehns und Zahlung der Zinsen ist hiervon unabhängig, mag auch sein tatsächliches Interesse an der gewinnbringenden Verwendung des Darlehns seitens des Empfängers noch so groß sein, wenn z. B. hiervon die Solvenz oder Insolvenz des letzteren abhängt und somit für den Darleiher die Realisierung seines Rechts in Frage gestellt ist.[11]) In dieser verschiedenartigen Stellung des stillen Gesellschafters gegenüber dem Darleiher ist auch der Grund zu erblicken, weshalb ersterem das Recht zur Kündigung des Vertragsverhältnisses zusteht, wenn die Einlage nicht vertragsmäßig verwandt wird, der Darleiher ein derartiges Recht jedoch nicht hat. Ebenso besteht im Gegensatz zur stillen Gesellschaft kein Kontrollrecht des Darleihers, kein Kündigungsrecht seiner Gläubiger; das Darlehnsverhältnis wird nicht durch den Konkurs der beteiligten Personen aufgelöst. Ein weiterer Unterschied ist der, daß der stille Gesellschafter seine Vermögenseinlage in Erfüllung seiner durch den Gesellschaftsvertrag eingegangenen Verbindlichkeit macht, während beim Darlehn erst die Hingabe des Kapitals den Darlehnsvertrag begründet. Die Eingehung der stillen Gesellschaft ist Consensnal = das Darlehn Realvertrag.

Ein Darlehnsvertrag wird regelmäßig derart eingegangen werden, daß der Darleiher sich feste Zinsen von dem Kapital versprechen läßt, aber auch solche Zinsen können ausgeschlossen werden. Beim stillen Gesellschaftsverhältnis ist die Vereinbarung fester Zinsen ohne eine prozentuale Gewinnbeteiligung an dem Ergebnisse des Geschäftsbetriebes und ebenso der gänzliche Ausschluß von der Gewinnbeteiligung unzulässig.

Diese Unterschiede zwischen Darlehn und stiller Gesellschaft sind im Gegensatz zu den Uebereinstimmungen, welche sich erst dann ergeben, wenn man von dem regelmäßigen Darlehnsvertrage und der regelmäßigen Gestaltung der stillen Gesellschaft absieht, von derart schwerwiegender Bedeutung und in dem Wesen der beiden Vertragsformen begründet, daß man die stille Gesellschaft unmöglich als ein Darlehnsverhältnis auffassen kann.[12])

Alle diejenigen Momente, die dagegensprechen, in der stillen Gesellschaft ein Darlehnsverhältnis zu erblicken, widerlegen auch die Ansicht, daß ein modifiziertes Gläubiger- oder Kreditverhältnis vorliege. Zudem läßt die Bezeichnung in keiner Weise erkennen, inwiefern das Gläubigerverhältnis modifiziert ist. Allerdings sind die Rechtsbeziehungen zwischen dem stillen Gesellschafter und dem Komplementar obligatorischer Natur, jedoch ist „die gesellschaftliche Rechtsstellung des stillen Gesellschafters in vielen Richtungen

[11]) Vgl. Rettig, S. 8.

[12]) Wie u. a.: Lastig in E., S. 707; Freese, S. 13—17; Schön, S. 10.

wirksam und es finden Beziehungen statt, welche mit dem bloßen Gläubigerverhältnisse nicht vereinbar sind."[13]) Die Beteiligung des Gläubigers am Gewinn und Verluste des Handelsgewerbes des Schuldners verbunden mit dem ihm zustehenden Kontrollrechte stempelt das Rechtsverhältnis zu einem gesellschaftlichen.[14]) Es erübrigt sich daher auf einzelne mehr nebensächliche Unterschiede zwischen Darlehn bezw. bloßem Gläubiger oder Kreditverhältnis einerseits und stiller Gesellschaft andererseits einzugehen.

Wir stellen uns daher auf den Standpunkt, daß die stille Gesellschaft weder ein Darlehnsverhältnis noch ein modifiziertes Gläubiger- oder Kreditverhältnis, sondern eine Unterart der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts ist. Diese Feststellung hat, wie Behrend[15]) richtig bemerkt, nicht nur dogmatischen sondern zugleich einen imperativen Inhalt, denn sie enthält die Bestimmung, daß das Rechtsverhältnis zwischen Komplementar und stillem Gesellschafter, insoweit das H. G. B. keine besondere Vorschriften aufstellt, nach den Grundsätzen von der Gesellschaft zu beurteilen ist. Sonderbarer Weise nimmt das Handelsgesetzbuch für die stille Gesellschaft nicht allgemeinen Bezug auf das bürgerliche Gesetzbuch, sondern erklärt in §§ 338, 339 H. G. B. nur einzelne die Gesellschaft betreffenden Vorschriften für nichtanwendbar bezw. anwendbar, während bezüglich der offenen Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft ausdrücklich durch §§ 105, 161 H. G. B. auf die Vorschriften des B. G. B. verwiesen wird. Es ist allerdings zu beachten, daß das B. G. B. die Außengesellschaft mit Gesellschaftsvermögen als Normalfall im Auge hat und nur diese unmittelbar regelt, sodaß die Bestimmungen des B. G. B. auf die stille Gesellschaft als eine Innengesellschaft nur insoweit entsprechende Anwendung finden können, als sie zu deren Eigenart passen.[16]) Aus diesem Grunde sind die für die Auflösung der Gesellschaft von bürgerlichen Rechte getroffenen Bestimmungen nur zum geringsten Teile anzuwenden, statt dessen finden aber die über das Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Gesellschaft bestehenden Vorschriften analoge Anwendung, soweit sie nicht Gesamteigentum am Gesellschaftsvermögen zur Voraussetzung haben (§§ 738, 739 B. G. B.), oder von dem Gesetzgeber direkt in die Bestimmungen für die stille Gesellschaft übernommen sind (§ 740 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 B. G. B.). Bleibt nämlich auf Grund Festsetzung

[13]) R. O. H. G. 13, 64.
[14]) Anschütz-Völderndorff, Art. 150, S. 333.
[15]) Behrend Anm. 45 § 91 S. 666
[16]) Vgl. Rettig S. 11 § 3; Dernburg S. 609.

im Gesellschaftsvertrage im Falle des Ausscheidens eines Gesellschafters die Gesellschaft bestehen, so ist der Vorgang, der sich bei der Auflösung der stillen Gesellschaft abspielt, dem Ausscheiden eines Gesellschafters ähnlich.[17] Wie bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, der offenen Handelsgesellschaft oder der Kommanditgesellschaft nach Ausscheiden eines Gesellschafters auf der einen Seite das eine Rechtssubjekt, nämlich die Gesellschaft den Gesellschaftszweck weiter verfolgt und die Handelsgesellschaft hierzu das Handelsgeschäft in ihrer Hand behält und fortsetzt und das andere Rechtssubjekt, der ausscheidende Gesellschafter, mit seinem Guthaben abgefunden wird, so steht bei Auflösung der stillen Gesellschaft auf der einen Seite der Komplementar mit seinem Handelsgewerbe, das er nach seinem Belieben fortsetzen kann, und auf der anderen Seite der stille Gesellschafter, der ebenso wie der Ausscheidende nur noch sein Auseinandersetzungsguthaben zu beanspruchen hat, von dem Handelsgewerbe aber völlig losgelöst ist. Die Aehnlichkeit dieser Fälle steigert sich noch, wenn die Gesellschaft, aus der jemand ausscheidet, überhaupt nur aus zwei Mitgliedern bestanden hat, denn hier stehen sich ebenso wie bei der aufgelösten stillen Gesellschaft zwei Gesellschafter gegenüber, von denen der eine das Handelsgewerbe fortbetreibt, der andere anderweitig abgefunden wird. Auch in diesem Falle kommen die Vorschriften über das Ausscheiden eines Gesellschafters zur Anwendung.[18]

C. Auflösungsgründe der stillen Gesellschaft.

Da es nicht in den Rahmen vorliegender Abhandlung fällt, näher auf diejenigen Bedingungen einzugehen, unter denen eine Auflösung der stillen Gesellschaft stattfinden muß oder kann, seien hier nur kurz die einzelnen Auflösungsgründe aufgeführt, welche das alte H. G. B. in Artikel 261 bis 263 mit nur geringem Unterschiede zu den heutigen Auflösungsgründen einzeln angab, nunmehr aber aus den diesbezüglichen Bestimmungen des B. G. B. in Verbindung mit § 339 H. G. B. zu entnehmen sind (§§ 710 ff. B. G. B).

[17] Vergl. Löwy S. 69.

[18] Vgl. Staub Anm. 2 Ext. § 141. S. 530; R. G. Z. 56, 16.

Nach Staub[1]) sind zu unterscheiden:

I. Die Auflösung ipso iure.
II. Die Auflösung durch Beschluß der Gesellschafter.
III. Die Auflösung durch befristete Kündigung.
IV. Die Auflösung durch sofortige Kündigung.
V. Die Auflösung auf Antrag eines Gläubigers des Gesellschafters.

Die ipso iure wirkenden Auflösungsgründe sind:

1. Der Tod des Komplementars (§ 727 B. G. B.).
2. Der Konkurs eines Gesellschafters.
3. Die Erreichung des vereinbarten Zweckes oder die Unmöglichkeit seiner Erreichung.
4. Der Ablauf der für die Gesellschaftsdauer bestimmten Zeit.
5. Einstellung des Gewerbebetriebes durch den Komplementar.
6. Die durch den Gesellschaftsvertrag bestimmten ipso iure wirkenden Auflösungsgründe.

[1]) Staub Anm. 1—22 zu § 339, S. 1111—1114.

II. Teil.

Die Wirkung der Auflösung auf die Stellung des stillen Gesellschafters.

A. Die Stellung des stillen Gesellschafters nach Auflösung der Gesellschaft im allgemeinen, ohne Unterschied des Auflösungsgrundes.

1. Abschnitt. Mit der Auflösung hört der stille Gesellschafter auf, die Stellung eines Gesellschafters einzunehmen.

Wie bereits dargetan, ist die stille Gesellschaft eine Innengesellschaft, die lediglich Rechtswirkungen unter den Gesellschaftern selbst erzeugt, ohne nach außen in die Erscheinung zu treten. Die Begründung einer stillen Gesellschaft bringt nur eine obligatorische Bindung der Gesellschafter zur Entstehung, und zwar haben diese Rechte und Pflichten zur Hauptsache die Mittel, mit denen das Geschäft betrieben wird, insbesondere die Vermögenseinlage des stillen Gesellschafters, den Geschäftsbetrieb und schließlich die Berechnung und Verteilung von Gewinn und Verlust zum Gegenstand. Eine Rechtsgemeinschaft, wie sie bei der Kommanditgesellschaft durch das Gesellschaftsvermögen begründet wird, besteht also bei der stillen Gesellschaft nicht.

Infolgedessen wirkt die Tatsache der Auflösung auf das stille Gesellschaftsverhältnis nicht anders, wie auf jedes obligatorische Rechtsverhältnis, nämlich zerstörend, und zwar ohne jegliche unmittelbare Rechtswirkung dritten Personen gegenüber.[1]) Der Eintritt bestimmter juristischer Tatsachen führt sofort eine wirkliche Beendigung der Gesellschaft herbei. Ebenso wie z. B. bei der Auflösung eines Mietverhältnisses die Vertragsparteien aufhören Mieter und Vermieter zu sein, der Mieter nicht mehr die Gebrauchsüberlassung der vermieteten Sache, der Vermieter den Mietzins für die Folgezeit nicht mehr beanspruchen kann, ebenso verlieren die

[1]) J. W. 93, S 543 [27]; Dießner Seite 40.

Kontrahenten einer stillen Gesellschaft die Stellung eines Gesellschafters und die hiermit verknüpften Rechte, da die Gesellschaft mit dem Momente der Auflösung untergegangen ist. Alle diejenigen Rechte und Pflichten, die das Bestehen der stillen Gesellschaft zur Voraussetzung haben, stehen demnach dem früheren stillen Gesellschafter nicht mehr zu, auch nicht während der Zeit, in der die zwischen ihm und dem Komplementar noch bestehenden Rechtsbeziehungen ihre Erledigung finden. Rechtsbeziehungen bestehen auch noch nach der Auflösung der Gesellschaft während des sogenannten Auseinandersetzungsverfahrens,[2]) denn die Tatsache der Auflösung bringt auf beiden Seiten Rechte und Pflichten zur Entstehung und weiterhin mögen noch Verbindlichkeiten, die während des Bestehens der Gesellschaft existent geworden sind, zu jener Zeit aber noch nicht ihre Erledigung gefunden haben, zu erfüllen sein, wie dies bei jedem anderen obligatorischen Rechtsverhältnisse der Fall sein kann. Beim aufgelösten Mietverhältnisse z. B. entsteht oder wird vielmehr fällig der Anspruch des Vermieters auf Rückgabe der Mietsache und bereits früher fällig gewordene Mietzinsraten mögen noch nach der Auflösung vom Mieter zu begleichen sein. Jene Rechtsbeziehungen sind naturgemäß ebenso obligatorischer Art wie das stille Gesellschaftsverhältnis selbst und da die Stellung des stillen Gesellschafters des gesellschaftlichen Charakters entkleidet ist, so ist er nunmehr gegenüber dem ehemaligen Komplementar lediglich Gläubiger oder Schuldner.[3])

Aus alledem geht auch hervor, daß an dem internen Charakter der rechtlichen Stellung des stillen Gesellschafters die Auflösung nichts ändert, eine unmittelbare Rechtsbeziehung zwischen stillem Gesellschafter und dritten Personen nicht hervorruft; ebensowenig wie während des Bestehens der Gesellschaft der stille Gesellschafter als solcher dritten gegenüber in die Erscheinung trat, ist dies nunmehr der Fall. Er hat demnach auch jetzt keine Verpflichtung gegenüber dem Handelsregister. Eine Eintragung ins Handelsregister erfolgt jetzt ebensowenig wie bei Beginn und während Bestehens der Gesellschaft.

Der stille Gesellschafter hört also auf, Gesellschafter zu sein, mögen die Auflösungsgründe sein, welche sie wollen.

Demgegenüber bleibt regelmäßig der Kommanditist auch noch für eine geraume Zeit nach der Auflösung der Kommanditgesellschaft „Gesellschafter", und dies ist in dem andersgearteten Wesen dieser Auflösung begründet, welches wiederum eine Folge der Verschiedenheit der beiden

[2]) Bolze 14, Nr. 438 a.

[3]) Staub Anm. 1, § 340, 1115; Bauer S. 83.

Gesellschaften selbst ist. Auf diese Verschiedenheit sind ihrem letzen Ende nach sämtliche Momente zurückzuführen, in denen sich die Stellung der beiden Gesellschafter nach der Gesellschaftsauflösung unterscheidet. Bei der Kommanditgesellschaft ist der Ausdruck „Auflösung" im Gegensatz zur stillen Gesellschaft ungenau, er bedeutet nämlich nicht, daß die Auflösung sofort und ipso iure mit dem Augenblick des Eintritts jener gesetzlich bestimmten Tatsachen durchgeführt ist, sondern nur, daß die Auflösung in einem nachfolgenden Verfahren durchgeführt werde.[4]) Der Begriff der Kommanditgesellschaft als einer unter Gesellschaftsfirma und mit Gesellschaftsvermögen auftretenden „Außengesellschaft" machen es notwendig, bis zur Erledigung aller Rechtsbeziehungen der Gesellschaft zu Dritten die Fortdauer des gesellschaftlichen Personenverbandes und der Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens anzunehmen. Diese Erledigung der Rechtsbeziehungen erfolgt für gewöhnlich im Wege der Liquidation.[5]) Es beginnt ein Nachleben der Gesellschaft, aus der Kommanditgesellschaft entsteht eine mit dieser identische Liquidationsgesellschaft, eine Abwickelungsgesellschaft, welche die Aufgabe hat, die Teilungsmasse der Gesellschafter herzustellen, indem die laufenden Geschäfte beendigt, die Forderungen eingezogen, das übrige Vermögen in Geld umgesetzt und die Gläubiger befriedigt werden. Während dieser Zeit nimmt der Kommanditist nach wie vor die Stellung eines Gesellschafters ein, mag auch diese Stellung durch die Auflösung ihrem Inhalte nach modifiziert sein. Er erwirbt auf Grund des fortbestehenden Gesellschaftsverhältnisses neue Berechtigungen und wird neuen Verbindlichkeiten unterworfen. Wie er während des Bestehens der Gesellschaft bezüglich des Gesellschaftsvermögens Eigentümer zur gesamten Hand war, so ist er es auch jetzt noch, denn die dingliche Gebundenheit bleibt bestehen.

Wenn der Konkurs über das Gesellschaftsvermögen eröffnet wird, so bleibt auch in diesem Falle die Gesellschaft während des Verfahrens erhalten[6]) und demnach nimmt der Kommanditist auch weiterhin die Stellung eines Gesellschafters ein, jedoch ist seine Stellung dadurch, daß das Verwaltungs- und Verfügungsrecht über das Gesellschaftsvermögen vom Konkursverwalter ausgeübt wird, gegenüber derjenigen, welche er im Liquidationsstadium einnimmt, wesentlich verändert. Es ist jedoch wiederum zu beachten, daß nach Beendigung des Konkursverfahrens noch eine

4) G. Lastig. K., S. 8, f.
5) Vgl Staub, Anm. 3, § 145, S. 542.
6) G. Lastig K., S. 16; R. G. Z. 28, S. 132.

Liquidation, wenn diese nicht bereits durch das Konkursverfahren gegenstandslos geworden ist, möglich ist. Hierauf hat jeder Gesellschafter und somit auch der Kommanditist einen rechtlichen Anspruch, falls noch ungeteiltes Gesellschaftsvermögen vorhanden ist.

Ausnahmsweise verliert auch der Kommanditist gleichzeitig mit der Auflösung der Gesellschaft die Eigenschaft als Gesellschafter, wenn nämlich das gesamte Gesellschaftsgeschäft in Pausch und Bogen sofort mit der Auflösung an eine andere physische oder juristische Person übertragen wird, denn hier erübrigt sich jedes Auseinandersetzungsverfahren mit dritten Personen.

Diese Tatsache, daß der stille Gesellschafter nach der Auflösung der Gesellschaft notwendiger Weise die Stellung eines Gesellschafters verliert, der Kommanditist aber dieselbe regelmäßig noch eine gewisse Dauer nach der Auflösung inne hat, ist nicht nur von theoretischer Bedeutung, sondern hat auch praktischen Wert, wie im folgenden näher auszuführen sein wird.

2. Abschnitt. Es entfällt mit der Auflösung jede Einwirkung des stillen Gesellschafters auf dem Betrieb des Handelsgeschäftes.

Das Handelsgeschäft des Komplementar ist allerdings für den stillen Gesellschafter auch während Bestehens der stillen Gesellschaft ein fremdes, an welchem ihm eine aktive Beteiligung nicht zusteht, jedoch sind ihm als Gesellschafter gewisse Rechte zuzubilligen, die ihm eine mittelbare Einwirkung auf den Betrieb des Handelsgewerbes gestatten. Diese Rechte entfallen mit dem Augenblicke der Auflösung, da er nun nicht mehr die Stellung eines Gesellschafters einnimmt.

So hat der stille Gesellschafter nicht mehr das Recht, von dem Komplementar zu verlangen, daß das Handelsgewerbe in der im Gesellschaftsvertrage vorgesehenen Weise betrieben wird, daß es überhaupt noch betrieben wird, oder daß es eingestellt wird. Die Auflösung der Gesellschaft übt auf den Fortbestand des Handelsgewerbes keinen Einfluß aus, denn nicht die Gesellschaft hat das Handelsgewerbe betrieben, sondern der Geschäftsinhaber allein.[1]) Es hört jedoch die persönliche Gebundenheit des Gesellschaftsinhabers in Bezug auf die Art und Weise des Betriebs auf. Dieser Einfluß rechtfertigt sich eben nur durch die Stellung des Gesellschafters, der sich mit seiner Einlage an dem Gewerbe beteiligt, und demnach verschwinden muß, sobald dieser rechtliche Grund wegfällt.

[1]) Goldmann, Anm. 3, § 340 S. 1314, J. W. 93, S. 543.

Es ist wohl anzunehmen, daß der Komplementar während Bestehens der Gesellschaft nicht berechtigt war, nach eigenem Gutdünken die Branche oder den Umfang seines Handelsgewerbes zu verändern, den Sitz der Handelsniederlassung zu verlegen, den Betrieb des Handelsgewerbes einem anderen zu übertragen oder gar das Handelsgewerbe nebst der Firma zu veräußern.[2])

Auf die Beobachtung aller dieser Verpflichtungen des Komplementars, die sämtlich daraus herzuleiten sind, daß dieser durch die Begründung des Gesellschaftsverhältnisses die Verpflichtung eingegangen ist, die Vermögenseinlage des stillen Gesellschafters in seinem Handelsgewebe vertragsmäßig zu verwenden, konnte der stille Gesellschafter nur in seiner Eigenschaft als Mitglied der Gesellschaft bestehen und im Nichtbefolgungsfalle kündigen evtl. auch Schadenersatzansprüche geltend machen,[3]) da derartige Rechtshandlungen, auch wenn sie ohne Genehmigung des stillen Gesellschafters vorgenommen, nach außen hin zu Recht bestehen. Diese Rechte des stillen Gesellschafters entfallen also mit der Auflösung der Gesellschaft. Ebenso kann von einem Kontrollrecht des stillen Gesellschafters gegenüber der Jahresbilanz keine Rede sein, da ja eine solche überhaupt nicht mehr aufgestellt wird. Ueber die ihm bezüglich der Endbilanz zustehenden Rechte ist später zu handeln.

Wie beim Ausscheiden eines Gesellschafters tritt völlige Trennung, von dem vom Geschäftsinhaber betriebenen Handelsgewerbe ein, selbst jener indirekte Einfluß des stillen Gesellschafters hört auf.

Obwohl der Komplementar auch während Bestehens der stillen Gesellschaft völlig selbständig in der Vornahme der zum Handelsgewerbe gehörigen Geschäfte ist, so bedarf es doch für derartig ungewöhnliche Geschäfte die von den vereinbarten Geschäftsgrundsätzen abweichen oder gar gänzlich aus dem Rahmen des Geschäftsbetriebs herausfallen, der besonderen Zustimmung des stillen Gesellschafters[4]), wie dies bereits oben bezüglich einiger beispielsweise aufgeführten Geschäfte angegeben ist. Dieses Zustimmungsrecht entfällt mit der Auflösung.

Von einem derartigen Zustimmungsrecht kann auch beim Kommanditisten keine Rede mehr sein, jedoch aus einem anderen Grunde. Mit der Auflösung der Kommanditgesellschaft wird nämlich auch das Handelsgeschäft

---

2) Vgl. Renaud, St. G. S. 134 f; Behrend § 93 III S. 671; A. M. bezügl. der Veräußerung: Löwy S. 41.

3) Lehmann, § 67, S. 352; Behrend, § 93 III S. 671 und Anm. 13.

4) Staub Anm. 32, § 335, S. 1104; Cosack H. G. B. § 112 VII 2a, S. 544; Bucher S. 63.

beendigt, die werbende Tendenz der Gesellschaft hat aufgehört und nur noch die letzten Akte des Gewerbes werden zum Zwecke der Auseinandersetzung vorgenommen.

3. Abschnitt.
Es entfällt das Konkurrenzverbot des Komplementars.

Während des Bestehens der stillen Gesellschaft ist es als eine Vertragsverletzung anzusehen, wenn der Komplementar ohne Genehmigung des stillen Gesellschafters in dem Handelszweige, in dem das Handelsgewerbe der stillen Gesellschaft betrieben wird, anderweitige Geschäfte für eigene Rechnung oder für Rechnung eines Dritten macht oder an einem gleichartigen Handelsgewerbe z. B. als offener Gesellschafter oder als Komplementar einer Kommanditgesellschaft teilnimmt. Dies ist mit Rücksicht auf die Natur des Vertragsverhältnisses anzunehmen, da es in krassestem Widerspruche zu dem Vertrauen, welches der stille Gesellschafter durch die Eingehung des Vertragsverhältnisses dem Komplementar entgegenbringt und auch mit Rücksicht auf die Natur dieses Verhältnisses entgegenzubringen genötigt ist, stehen würde, wenn der Komplementar ohne Wissen und wohl auch meistens gegen den Willen des stillen Gesellschafters in dieser Weise Sondergeschäfte machte. Denn diese Handlungsweise würde für die durch die gesellschaftliche Vereinigung verfolgten Interessen keinesfalls förderlich, ja meistens direkt schädlich sein. Es ist demnach das für den Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft und den Komplementar der Kommanditgesellschaft bestehende Konkurrenzverbot auch auf den Komplementar der stillen Gesellschaft analog anzuwenden.[1]) Dieses Konkurrenzverbot entfällt aber naturgemäß mit der Auflösung der Gesellschaft, denn nunmehr werden ja alle Geschäfte des Handelsgewerbes — über die Abwickelungsgeschäfte ist später zu sprechen — auf alleinige Rechnung des Komplementars geführt.[2]) Ein Konkurrenzverbot für den stillen Gesellschafter besteht weder vor noch nach der Auflösung der Gesellschaft.[3])

Ebensowenig besteht für den Kommanditisten nach wie vor der Auflösung der Gesellschaft ein Konkurrenzverbot.[4]) Wenn der Kommanditist vielleicht in seiner Eigenschaft als Liquidator in den ehemaligen Geschäftsbetrieb der Gesellschaft näheren Einblick erhält, so kann er nunmehr, da

[1]) So: Behrend § 93 II, S. 672; dagegen: Lehmann § 67, S. 352.
[2]) Behrend § 94, Anm. 10, S. 678.
[3]) Behrend § 93, Anm. 20, S. 672.
[4]) Behrend § 88, Anm. 630; § 165 H. G. B.

das Handelsgewerbe nicht mehr betrieben wird, die Gesellschaft durch Vornahme gleichartiger Geschäfte für eigene Rechnung nicht mehr schädigen. Andererseits kann er aus demselben Grunde von dem Komplementar nicht mehr verlangen, daß er sich während des Liquidationsverfahrens derjenigen Geschäfte enthalte, die in das frühere Handelsgewerbe der Gesellschaft fallen.

4. Abschnitt. Es entfällt mit der Auflösung die Einlageverpflichtung des stillen Gesellschafters.

Wie bereits gesagt, entsprechen die Ansprüche des stillen Gesellschafters bezüglich des Betriebes des dem Komplementar gehörenden Handelsgewerbes und bezüglich des Geschäftsergebnisses der Verpflichtung, in das Vermögen des Komplementars zum Zwecke der Verwendung in dem Handelsgewerbe eine Einlage zu machen.

Ebenso wie obige Ansprüche mit der Auflösung der Gesellschaft zu bestehen aufhören, geht auch diese Verpflichtung für den stillen Gesellschafter unter, denn mit diesem Augenblick ist jede Beteiligung an dem Handelsgewerbe als solchem beendet. Es können demnach Einlagen, die erst nach der Auflösung fällig werden, von dem Komplementar nicht mehr in Anspruch genommen werden. Die Vermögenseinlage soll ja nur zur Verwendung in dem auf gemeinschaftliche Rechnung betriebenen Handelsgewerbe dienen, sie hat nur die Funktion des Kapitalbeitrages und diese Voraussetzung ist mit der Auflösung weggefallen. Denn wenn auch das Handelsgewerbe von dem Komplementar fortgesetzt werden kann, so geht es doch, wie oben bereits gesagt, nicht mehr auf gemeinschaftliche Rechnung der beiden Gesellschafter.[1]) Die Verpflichtung zur Zahlung der Einlage ist nichts anderes, als die Verpflichtung zur vertragsmäßigen Gewährung der Mittel zur Betreibung des für gemeinschaftliche Rechnung geführten Handelsgewerbes, sie fällt also weg, sobald mit der Auflösung der stillen Gesellschaft das Handelsgewerbe nicht mehr für gemeinschaftliche Rechnung betrieben wird.

Während Bestehens der stillen Gesellschaft geht das Handelsgewerbe auf gemeinschaftliche Rechnung,[2]) denn wenn auch nicht beide Gesellschafter aus dem Handelsgeschäfte Dritten gegenüber berechtigt und verpflichtet werden, so wirkt doch das Ergebnis des Geschäftes im Innenverhältnis zu Gunsten oder zu Lasten beider Gesellschafter, es wird beiden in Rech-

[1]) Vgl. v. Hahn, Anm. 1 zu § 4, Art. 258, S. 691; Renaud St. G. S. 120.
[2]) Vgl. Behrend § 91, S. 661; dagegen Band S. 37.

nung gestellt. Hierin liegt eben, wie Dernburg sagt, das Gesellschaftselement, daß nämlich die bei der Innengesellschaft von dem geschäftsführenden Gesellschafter im Verkehr in eigenem Namen geschlossenen Geschäfte auf gemeinschaftliche Rechnung gehen.[3]) Es ist nach Behrend [4]) die produktive Seite der Gesellschaft, welche allerdings nicht nach außen wirkt, sondern lediglich auf das Verhältnis der Gesellschafter zu einander, erloschen. Trotzdem also das Handelsgewerbe auf den Namen des Komplementars geführt wird, so gilt es doch nach innen als für gemeinschaftliche Rechnung betrieben, indem der stille Gesellschafter an dem Gewinn und regelmäßig auch an dem Verluste des Geschäftes teilnimmt.[5])

5. Abschnitt. Es entfällt mit der Auflösung das Recht der Beteiligung an dem Ergebnisse des Geschäftsbetriebes.

Nach der Auflösung der Gesellschaft findet keine Gewinn- oder Verlustbeteiligung an dem Handelsgewerbe seitens des stillen Gesellschafters statt — von den schwebenden Geschäften wird hier abgesehen —. Diese Tatsache ist die notwendige Folge der Auflösung und ist, wie Staub [6]) sagt, so selbstverständlich, daß das Gesetz sie nicht erwähnt. Teilnahme an den Ergebnissen des Handelsgewerbes und Einlageverpflichtung bedingen sich gegenseitig. Fällt für den stillen Gesellschafter letztere Verpflichtung weg, so kann ihm auch nicht mehr jene Berechtigung zustehen.

Wie bereits dargetan, hat diese Beteiligung des stillen Gesellschafters für ihn keine Haftung dritten Personen gegenüber begründet. Es leuchtet nun ein, daß die Tatsache der Auflösung hieran nichts ändert. Die infolge der Beteiligung entstandenen Verpflichtungen des stillen Gesellschafters bestehen nach wie vor der Auflösung nur gegenüber dem Komplementar. Der stille Gesellschafter ist und bleibt lediglich Drittschuldner der Gläubiger des Komplementars. Es bedurfte daher für die stille Gesellschaft keiner der im § 738 B.G.B. für den ausscheidenden Gesellschafter gegebenen Bestimmung ähnlichen Vorschrift, nach welcher er Befreiung von den Schulden und bezüglich noch nicht fälliger Schulden Sicherheit zu fordern berechtigt wäre, denn es gibt ja gar keine gemeinsamen Geschäftsschulden.[7])

[3]) Dernburg II, S. 610.

[4]) Behrend a. a. O.

[5]) Streitig, vgl.: v. Hahn, Art. 250, § 2; Freese S. 33; Bucher S. 62; Lastig in E. II, S. 709; Renaud St. G. S. 113, 118.

[6]) Staub, Anm. 1 zu § 340.

[7]) Vgl. Löwy S. 70.

Demzufolge ist der stille Gesellschafter nach wie vor der Auflösung in einem sich wegen solcher Verbindlichkeiten ergebenden Prozesse des Komplementars nicht Partei und kann folglich auch als Zeuge auftreten.[8])

Dementsprechend können die Gläubiger des Komplementars weder nach noch vor der Auflösung der Gesellschaft eine Forderung des stillen Gesellschafters an sie mit einer gegen den Komplementar zustehenden Forderung aufrechnen.[9])

Aus demselben Grunde kann der stille Gesellschafter sich nicht etwa nach der Auflösung dadurch von seiner ihm dem Komplement gegenüber obliegenden Verpflichtung befreien, daß er den Geschäftsgläubiger des Komplementars befriedigt.

Bei der Kommanditgesellschaft geht das Handelsgewerbe auch mit Rechtswirkung nach außen auf gemeinschaftliche Rechnung der sämtlichen Gesellschafter, also auch des Kommanditisten, welche sämtlich für die entstandenen Verbindlichkeiten haften (§§ 161 Abs. 2, 128 H. G. B.). Werden unter der Firma der Gesellschaft von den vertretungsbefugten Gesellschaftern Geschäfte eingegangen, so entstehen nicht nur zwischen Gesellschaft und Gegenkontrahent, sondern auch zwischen letzterem und den einzelnen Gesellschaftern unmittelbare Rechtsbeziehungen. Infolgedessen ist dem Kontrahenten die Wahl gegeben, gegen die Gesellschaft oder die einzelnen Gesellschafter zu klagen.

Hieran ändert die Auflösung der Gesellschaft nichts.[10]) Der Kommanditist haftet, natürlich mit der im Gesetz bestimmten Beschränkung, für die vor der Auflösung der Gesellschaft entstandenen Verbindlichkeiten ebenso, wie wenn die Auflösung nicht erfolgt wäre, und zwar verjähren diese Ansprüche der Gesellschaftsgläubiger gegenüber den einzelnen Gesellschaftern nach Ablauf der in § 159 H. G. B. besonders aufgestellten Frist von fünf Jahren seit der Eintragung der Gesellschaftsauflösung im Handelsregister. Es wäre ja auch eine Unbilligkeit, wenn durch die Auflösung der Gesellschaft die bestehenden Rechte der Gläubiger geschmälert würden. Folglich haben die Gesellschaftsgläubiger auch nach der Auflösung die Wahl, direkt gegen die Liquidationsgesellschaft oder gegen die Gesellschafter persönlich, also auch gegen den Kommanditisten zu klagen. Mag nun der

---

[8]) Vgl. Staub, Anm. 11, § 335, S. 1101; Lehmann-Ring Nr. 18, S. 669 Stühmke S. 34.

[9]) Vgl. Dießner S. 26; Stühmke S. 35.

[10]) Vgl. Hammer S. 38; Frommer S. 91; Fäh S. 49 R.O.H.G. 5, 393; 19, 349; 25, 279

Gläubiger gegen die Gesellschaft in Liquidation oder gegen den Kommanditisten unmittelbar klagen, letzterer ist in beiden Fällen Partei und kann daher nicht als Zeuge auftreten. Da nämlich weder die Kommanditgesellschaft selbst noch die Liquidationsgesellschaft eine juristische Person ist, so bilden alle Gesellschafter in ihrer durch die Firma ausgedrückten Verbundenheit im Rechtsstreite gegen die Gesellschaft die Prozeßpartei.[11])

Der Kommanditist kann sich auch nach Auflösung der Gesellschaft durch unmittelbare Befriedigung von Gesellschaftsgläubigern befreien.

Wird der Kommanditist aus derartigen Gesellschaftsverbindlichkeiten belangt, so kann er dem geltendgemachten Anspruche dieselben Einwendungen entgegensetzen, wie während des Bestehens der Gesellschaft, nämlich die in seiner Person begründeten und, wenn die Forderung gegen die Gesellschaft noch nicht rechtskräftig festgestellt ist, auch die der Gesellschaft zustehenden Einwendungen. Er kann z. B. einwenden, daß er seine Einlage vollständig eingezahlt oder durch Aufrechnung mit einer ihm gegen die Gesellschaft zustehenden Forderung seiner Einlagenpflicht genügt hat. Wird er von einem Gesellschaftsgläubiger belangt, gegen den er persönlich eine Forderung hat, so kann er auch mit dieser Forderung aufrechnen. Die Kompensationsvorschriften, welche für die bestehende Kommanditgesellschaft zur Anwendung kommen, gelten auch für das Stadium der Auflösung.[12])

6. Abschnitt. Die durch die Auflösung zur Entstehung kommenden Rechte und Pflichten des stillen Gesellschafters.

Haben wir hiermit dargetan, wie die Auflösung auf die Rechte und Pflichten wirkt, die dem stillen Gesellschafter während des Bestehens der Gesellschaft zustehen bezw. obliegen, so haben wir nunmehr auszuführen, welche Rechte und Pflichten durch die Auflösung der Gesellschaft zur Entstehung gelangen. Hierbei wird nun zunächst der Fall außer Betracht gelassen, in dem die stille Gesellschaft durch Konkurs über das Vermögen des Handelsgeschäfts des Komplementars herbeigeführt wird.

a) Das Recht des stillen Gesellschafters auf Auseinandersetzung.

Als Hauptfolge ist das dem stillen Gesellschafter gemäß § 340 Abs. 1 H. G. B. zustehende Recht auf Auseinandersetzung zu nennen.

Wie bereits oben gesagt, bewirkt die Auflösung nicht den sofortigen und völligen Abbruch aller Rechtsbeziehungen, es bestehen vielmehr nach

[11]) Reinhardt S. 25 f.

[12]) Vgl. Beelitz S. 118.

der Auflösung solche Rechtsbeziehungen weiter und neue kommen zur Entstehung. Diese Rechtsbeziehungen bedürfen der Abwickelung, und auf die Abwickelung hat der stille Gesellschafter einen Anspruch gegen den Inhaber des Handelsgeschäfts, dem diese Abwickelung gemäß § 340 Abs. 2 S. 1 H. G. B. obliegt.[1])

Diesen dem stillen Gesellschafter gegenüber dem Komplementar zustehenden Anspruch kann derselbe im Wege der Klage geltend machen.

Auch hier findet ebensowenig eine aktive Beteiligung des stillen Gesellschafters statt, wie beim Betrieb des Handelsgewerbes während des Bestehens der Gesellschaft.

Auch der Kommanditist hat einen klagbaren Anspruch auf das im Gesetz geordnete Liquidationsverfahren.

Im Gegensatz zum stillen Gesellschafter tritt der Kommanditist mit dem Beginne der Liquidation regelmäßig aus seiner bisherigen passiven Gesellschaftsstellung heraus und nimmt nunmehr dieselbe rechtliche Stellung wie der Komplementar ein. Das Liquidationsverfahren bringt, wie Lastig sagt[2]) eine organisatorische Veränderung mit sich. Als gesetzlich berufener Liquidator teilt er mit jenen alle Rechte und Pflichten. Er ist zur Vertretung und Geschäftsführung berechtigt, wenn auch diese Rechte ihrem Umfange nach dadurch beschränkt werden, daß die Kommanditgesellschaft in Liquidation kein Handelsgewerbe mehr betreibt, die sämtlichen Liquidatoren nur Kollektivvertretung haben und zudem den einstimmigen Beschlüssen der Gesellschafter gemäß zu handeln haben.

Bei der stillen Gesellschaft liegt also dem Komplementar kraft Gesetzes die Auseinandersetzungspflicht ob.

Zunächst ist nun zu bemerken, daß die angezogene Bestimmung rein dispositiver Natur ist und ihr demnach vertragliches Uebereinkommen vorgeht.[3]) Es kann somit sowohl bereits in dem Gesellschaftsvertrage wie auch bei oder nach der Auflösung der Gesellschaft durch Vereinbarung der Gesellschafter diese gesetzlich geregelte Auseinandersetzung abgeändert, hinausgeschoben oder ganz beseitigt werden. Letzteres ist z. B. dann der Fall, wenn die Gesellschafter nachträglich eine neue Gesellschaft eingehen oder der stille Gesellschafter mit Einwilligung des Komplementars einen Dritten

---

[1]) Vgl. Staub, Anm. 6 zu § 145, S 543; R. O. H. G. 22, 204; R. G. Z. 40, 31.

[2]) G. Lastig K. S. 45.

[3]) Makower III, zu § 340, S. 956; Goldmann, Anm. 1, § 340, S. 1314; Behrend, § 94, S. 678; Bucher, S. 132; Gruchot 29, 998.

an seine Stelle setzt.[4]) Ebenso nämlich, wie bei dem Bestehen der Gesellschaft die Rechtsbeziehungen zwischen den Gesellschaftern von diesen nach freiem Ermessen geregelt werden können, soweit natürlich das Wesen der stillen Gesellschaft nicht entgegensteht, unterliegt die Abwickelung der noch nach der Auflösung bestehenden Rechtsbeziehungen dem freien Vertragswillen der Parteien. Diese völlige Vertragsfreiheit rechtfertigt sich daraus, daß die Auseinandersetzung lediglich interne Rechtsbeziehungen regelt, da die Auflösung der stillen Gesellschaft, als einer Innengesellschaft, ohne jede Rechtswirkung dritten Personen gegenüber ist, Rechte Dritter somit unter keinen Umständen in ihrem rechtlichen Bestande durch die vertragliche Regelung gefährdet werden können. Es berührt z. B. weder die Rechte der Gläubiger des Komplementars noch diejenigen der Gläubiger des stillen Gesellschafters, wenn letzterer etwa statt des Auseinandersetzungsguthabens eine bestimmte Abfindungssumme erhält.[5])

Ebenso ist bei der Kommanditgesellschaft die Liquidation nicht die notwendige Folge, sie tritt nur ein, wenn die Gesellschafter eine andere Art der Auseinandersetzung nicht vereinbart haben.[6]) Auch hier ist es zunächst dem Ermessen der Gesellschafter, also auch des Kommanditisten, anheimgestellt, die Art, wie sie nach Auflösung der Gesellschaft ihre gegenseitigen Beziehungen und ihre Beziehungen zu Dritten regulieren, zu bestimmen, denn die Liquidation dient in erster Linie den Interessen der Gesellschafter selbst. Wenn auch die Liquidatoren unter anderem die Pflicht haben, die Schulden der Gesellschaft zu begleichen, so sollen sie doch vorwiegend die Beziehungen der Gesellschaft zu einander regeln.[7]) Die Gefahr, daß durch die eine oder andere Art der Auseinandersetzung das Gesellschaftsvermögen den Gesellschaftsgläubigern entzogen wird, besteht in derselben Weise auch vor der Auflösung, denn auch in der bestehenden Kommanditgesellschaft kann das Vermögen bei Seite geschafft werden, ohne daß die Gläubiger ein anderes Mittel zur Verhinderung hätten, als prozeßrechtliche Maßregel, wie Arrest, und einstweilige Verfügung. Zudem gilt auch in diesem Falle, wo die Gesellschafter statt der Liquidation eine andere Art der Auseinandersetzung vereinbart haben, im Verhältnis zu Dritten

[4]) Lehmann-Ring Nr 3, § 340. S. 676; Behrend, § 94, S. 678.

[5]) Anmerkung: Nach Ansicht des Reichsgerichts können die Gesellschafter auch vereinbaren, daß die Auseinandersetzung nach den Grundsätzen über die Liquidation einer Handelsgesellschaft stattfinden soll. R. G. Z. 45, 35 ff; ebenso: Wunnenberg, S. 85

[6]) Makower, Anm. 33, § 161, S. 424; Behrend, § 94, IV, S. 678; R. O. H. G. 24, 143 f.; 25, 277

[7]) Pfennig, S. 110.

die Gesellschaft als fortbestehend, solange noch ungeteiltes Vermögen vorhanden ist.

Bei der Vereinbarung, durch welche eine andere Art der Auseinandersetzung bestimmt wird, ist die Mitwirkung sämtlicher Gesellschafter, also auch des Kommanditisten, erforderlich.

b) Anspruch des stillen Gesellschafters auf Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens.

1. Allgemeines.

Ist nun eine abweichende Vereinbarung nicht getroffen worden, so hat die Auseinandersetzung gemäß § 340 H. G. B. zu erfolgen, und zwar bezweckt diese Auseinandersetzung die Bestimmung und Auszahlung des dem stillen Gesellschafter zustehenden Guthabens.

Mit der Auflösung der Gesellschaft kann der stille Gesellschafter Auszahlung seines Guthabens verlangen. Dieses Guthaben besteht nicht in der Vermögenseinlage selbst, z. B. in den eingelegten Sachen oder Rechten. Es ist vielmehr das Guthaben ohne Rücksicht auf die Art der Einlage von dem Komplementar stets in Geld zu berichtigen. Der stille Gesellschafter hat das Recht sein Aktivkonto in Geld ausbezahlt zu verlangen und andererseits auch die Verpflichtung, dieses in Geld entgegenzunehmen. Eine Ausnahme hiervon bildet auch nicht der Fall, in dem die Einlage in der Ueberlassung einer Sache zum Gebrauche bestanden hat. Hier ist zwar nach Auflösung die überlassene Sache an den stillen Gesellschafter zurückzuerstatten, da §§ 732, 738 B. G. B. zur entsprechenden Anwendung kommen. Vorliegend ist ja aber auch nicht der Gegenstand selbst die in dem Guthaben des stillen Gesellschafters zu verrechnende Einlage, sondern die Gebrauchsüberlassung an sich und deren Geldeswert ist in die Bilanz einzustellen. Der Gegenstand ist überhaupt nicht in das Vermögen des Geschäftsinhabers übergegangen, sondern in dem Eigentume des stillen Gesellschafters verblieben.

Diese Vorschrift, daß in Geld das Guthaben zu berichtigen ist, entspricht der Verpflichtung des stillen Gesellschafters, die Einlage „in das Vermögen des Komplementars" zu leisten. Hiermit wird demnach der Komplementar berechtigt, selbständig über die eingelegten Gegenstände zu verfügen. Es kann folglich nach Auflösung der Gesellschaft von ihm nicht verlangt werden, dieselben Gegenstände wieder dem stillen Gesellschafter zurückzugeben. Es besteht demnach sein Auseinandersetzungsguthaben in einer

reinen Geldforderung gegenüber dem Komplementar, welche er nötigenfalls im Wege der Klage geltend machen kann. [1])

Ebenso hat der Kommanditist nach der Auflösung der Gesellschaft lediglich einen Anspruch auf einen bestimmten Geldbetrag, nicht auf Naturalteilung und einen Naturalteil, der ja infolge der Gesamthandseigenschaft des Gesellschaftsvermögens der ihm zustehende Anteil nur einen Wertanteil darstellt und folglich sein Anspruch lediglich auf einen diesem Anteile entsprechenden Geldbetrag geht. Diesen Anspruch macht er jedoch nicht gegenüber den persönlich haftenden Gesellschaftern sondern gegenüber der Firma geltend und wirkt im Gegensatz zum stillen Gesellschafter bei Erfüllung dieser seiner Forderung mit, wenn er als Liquidator tätig ist.

2. Das Guthaben des stillen Gesellschafters kann in einem Kapital- und Gewinnkonto bestehen.

Das Kapitalkonto besteht in der von dem stillen Gesellschafter gemachten Vermögenseinlage, soweit diese nicht durch Verlust vermindert worden ist. Insoweit ist nämlich die Einlage zurückzuerstatten, da mit dem Augenblicke der Auflösung der Gesellschaft ihre Verwendung in dem Handelsgewerbe aufhört. Dagegen kann nicht ohne weiteres die unverkürzte Einlage zurückverlangt werden, denn diese ist regelmäßig auch den Verlusten des Handelsgewerbes unterworfen, sodaß die Höhe des Guthabens des stillen Gesellschafters sich gänzlich nach dem günstigen oder ungünstigen Geschäftsergebnisse richtet. Gemäß § 336 H. G. B. kann allerdings eine Verlustbeteiligung des stillen Gesellschafters ausgeschlossen werden, und es hat folglich in diesem Falle jener einen Anspruch auf Rückerstattung der vollen Einlage und diesen Anspruch kann er sofort und ohne weiteres geltendmachen, da es hier ja auf den Bestand der Einlageforderung des stillen Gesellschafters keine Wirkung ausübt, ob das Geschäft mit Verlust betrieben worden ist. Im Uebrigen hängt es von dem Geschäftsergebnisse ab, ob das Guthaben auf Einlage mehr oder weniger als die Einlage beträgt, oder ob überhaupt ein solches vorhanden ist. Ob ein solches vorhanden ist, muß die Berechnung des Geschäftsergebnisses in Verbindung mit der vereinbarten oder durch den Richter im Streitfalle festzusetzenden prozentualen Gewinn- bezw. Verlustbeteiligung des stillen Gesellschafters ergeben. Das Gewinnkonto ist abhängig von dem Geschäftsergebnisse seit Aufstellung der letzten Jahresbilanz.

[1]) Staub, Anm. 14, § 340, S. 1118; Goldmann, Anm. 1, § 340, S. 1314; R. O. H. G. 13, 274 f.; 23, 130 f.; J. W. 92, S. 16; Bauer, S. 28.

3. Berechnung des Guthabens.

α. Der maßgebende Wert.

Während Bestehens der Gesellschaft ist jährlich auf Grund von Inventar und Bilanz das Ergebnis des Handelsgewerbes festgestellt worden. Dieses Ergebnis konnte nun dreifacher Art sein, entweder war das Geschäftsjahr gewinn- oder verlustbringend, oder es war weder Gewinn noch Verlust vorhanden. Unter Gewinn ist der Betrag zu verstehen, um den sich das in die Gesellschaft eingelegte Kapital unter Berücksichtigung der vorhandenen Forderungen und Schulden nach Ablauf eines Jahres vermehrt, unter Verlust umgekehrt der Betrag, um den sich dieses Kapital in der gleichen Zeit vermindert hat.

An dem sich hiernach ergebenden Aktiv- oder Passivsaldo war dann der stille Gesellschafter in dem bedungenen oder gemäß § 336, Abs. 1 H. G. B. den Umständen nach angemessenen Verhältnisse beteiligt. Die Gewinnquote war dem stillen Gesellschafter auszubezahlen oder der Einlage zuzurechnen, falls dieselbe noch nicht voll eingezahlt oder durch Verluste vorhergehender Jahre vermindert war, der Anteil am Verluste von seinem Kapitalkonto in Abzug zu bringen. Bezüglich dieser Bilanzaufstellung, welche wie jede in das Handelsgewerbe fallende Tätigkeit Aufgabe des Geschäftsinhabers war, hatte der stille Gesellschafter ein Kontrollrecht, welches ihn gemäß § 338 H. G. B. berechtigte, die abschriftliche Mitteilung der jährlichen Bilanz zu verlangen und ihre Richtigkeit unter Einsicht der Bücher und Papiere zu prüfen.

In ähnlicher Weise wie bei einem solchen Jahresabschlusse diese Bilanz aufgestellt und nach dieser Bilanz die noch tatsächlich in dem Vermögen des Geschäftsinhabers befindliche Einlage des stillen Gesellschafters sowie dessen Gewinnanspruch berechnet wurde, so wird bei Auflösung der Gesellschaft das Guthaben des stillen Gesellschafters festgesetzt, nämlich ebenfalls auf Grund einer Bilanz, der sogenannten Endbilanz, die sich an die letzte Jahresbilanz anschließt und somit den Zeitraum von dieser Bilanz bis zur Auflösung umfaßt. Die ganze Auseinandersetzung hat überhaupt den Charakter einer Abrechnung zwischen den ehemaligen Gesellschaftern und die Grundlage dieser Abrechnung bildet diese Endbildung [1])

Gegenüber der Jahresbilanz bedingt allerdings die Tatsache des Nichtbestehens der Gesellschaft für diese Endbilanz verschiedene Abweichungen.

---

[1]) Regelsberger in E. II, S. 466; Eckelmann, S. 65.

Bei der Bestimmung der Vermögenslage, welche die Grundlage zur Berechnung des Auseinandersetzungsguthabens bilden soll, ist von anderen Gesichtspunkten auszugehen, als bei Aufstellung der Jahresbilanz.

Für die Aufstellung der Jahresbilanz gibt zunächst § 40 H. G. B. eine Instruktion darüber, wie die Werte anzusetzen sind, und zwar sind hiernach sämtliche Vermögensgegenstände nach dem Werte anzusetzen, der ihnen in dem Zeitpunkte tatsächlich beizulegen ist, für welchen die Aufstellung stattfindet. Diese Instruktion ist jedoch nur insofern zwingender Natur, als bei eintretendem Vermögensverfalle eine durch die Nichtbeachtung der in § 40 H. G. B. gegebenen Vorschrift verursachte Unübersichtlichkeit und Unrichtigkeit Strafe nach sich zieht.[2]) Die Bilanz braucht aber nicht in dem Sinne der richtigen Sachlage zu entsprechen, daß die Vermögensstücke zu ihrem wirklichen Werte in die Bilanz eingestellt werden. Nur insofern darf die Uebersicht nicht beeinträchtigt werden, als das Vermögen durch die unrichtige Bewertung nicht zu hoch erscheinen darf, damit keine Täuschung der Gläubiger und auch keine Selbsttäuschung eintritt. Demnach dürfen Minderbewertungen und erhöhte Wertabschreibungen vorgenommen werden, und zwar geschieht dies im Handelsleben sehr häufig. Sowohl der Einzelkaufmann wie auch die Handelsgesellschaften und die stille Gesellschaft verfahren nicht selten in dieser Weise, um das Betriebskapital zu stärken. Dementsprechend einigen sich die Gesellschafter dahin, in ihrem Verhältnisse zu einander für die Dauer der gesellschaftlichen Vereinigung die Aktiven unter ihrem wahren Werte anzusetzen, um so das für den Gesellschaftszweck bestimmte Vermögen zu erhöhen und das Handelsgewerbe lebensfähig zu erhalten.

Solche Gesichtspunkte können bei der Aufstellung derjenigen Bilanz, welche die Grundlage zur Berechnung des Guthabens des stillen Gesellschafters bilden soll, nicht maßgebend sein. Der stille Gesellschafter hat ein Anrecht auf Auszahlung seines der wirklichen Vermögenslage des Handelsgewerbes entsprechenden Guthabens, und deshalb dürfen in der Schlußbilanz keine Wertansätze enthalten sein, die der wirklichen Sachlage nicht entsprechen. Dies ist auch dann nicht zulässig, wenn vereinbarungsgemäß bei Aufstellung der jährlichen Bilanz Minderbewertungen stattgefunden haben.[3]) Wenn auch vielleicht bei Bestehen der Gesellschaft mit Rücksicht auf die gedeihliche Fortentwickelung die Gewinnquoten durch die

---

[2]) Staub, Anm. 2, § 40, S. 214.

[3]) Vgl Staub, Anm. 5 a, Exk. zu § 141; Bolze 3, Nr. 778; 5, Nr. 736; J. W. 99, 395[8]; 02, 590[14]; Makower I b, § 340, S. 953.

Minderbewertung unter ihren wirklichen Betrag herabgedrückt worden sind, so braucht der stille Gesellschafter nach Auflösung der Gesellschaft diese Rücksicht nicht mehr gelten zu lassen. Hierfür spricht auch § 738, Abs. 2 B. G. B, der im vorliegenden Falle analog anzuwenden ist Diese Gesetzesbestimmung ordnet an, daß der Wert des Vermögensstandes, soweit erforderlich, im Wege der Schätzung zu ermitteln sei. Derjenige Wert aber, der im Wege der Schätzung gefunden wird, ist der wahre Wert, der nach den allgemein im Verkehr geltenden Grundsätzen bestimmt wird.

Sind demnach die Vermögensgegenstände der aufgelösten stillen Gesellschaft nicht von Anfang an nach ihrem Werte als feststehende zu betrachten und sind auch nicht im Gesellschaftsbetrage oder nachträglich die Gegenstände für den Fall der Auflösung mit einer bestimmten Taxe belegt — denn eine dahingehende Vereinbarung ist ebenso gültig, wie die oben erwähnte vertragliche Wertansetzung für die jährliche Bilanzaufstellung — so müssen die Vermögensobjekte auf ihren Wert untersucht werden.

Dieser Wert kann nun ein verschiedener sein, je nach dem man fragt, was bei einer etwaigen Versilberung erzielt werden würde, oder welcher Wert der Vermögensgegenstand für das Handelsgewerbe während des Betriebes hat. Der Ausscheidende einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts kann jedenfalls die Einsetzung des letzteren Wertes verlangen, denn wenn § 738 B. G. B. sagt, der Ausscheidende habe dasjenige zu fordern, was er erhalten würde, wenn die Gesellschaft zur Zeit seines Ausscheidens aufgelöst werden würde, so ist hiermit der Erlös gemeint, der sich bei einer Verwertung des Gesellschaftsvermögens durch Veräußerung des ganzen Geschäfts oder sonstigen gesellschaftlichen Unternehmens ergeben würde. Bei einer solchen Veräußerung ist nun aber nicht der Versilberungswert des einzelnen Gegenstandes, sondern derjenige Wert maßgebend, den der Gegenstand gerade für das in Frage kommende Geschäft hat. Bei der stillen Gesellschaft sind in dieser Hinsicht zwei Fälle zu unterscheiden. Wenn der Geschäftsinhaber das Handelsgewerbe nach der Auflösung der Gesellschaft weiterbetreibt, so liegen die Verhältnisse ähnlich wie beim Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. Die Vermögensstücke verlieren in diesem Falle für den Inhaber an Wert nichts, der in ihnen für das Geschäft liegende Wert besteht nach wie vor fort, und daher ist auch dieser Wert in die Bilanz einzusetzen. Findet dagegen mit der Auflösung der Gesellschaft auch der Betrieb des Handelsgewerbes sein Ende, so ist nicht mehr der höhere Gebrauchswert sondern nur noch der Versilberungswert maßgebend.

Die Veräußerung der Gegenstände wird regelmäßig als schwebendes Geschäft zu gelten haben, an dessen Ergebnisse also der stille Gesellschafter teilnimmt. Dagegen wird die Veräußerung des Geschäfts selbst nicht ohne weiteres ein Abwickelungsgeschäft bilden, vielmehr bedarf es hierzu ausdrücklicher Vertragsabrede.[4])

Ob nun der eine oder andere Wert in die Bilanz eingestellt wird, ist lediglich von dem Entschlusse des Geschäftsinhabers abhängig, ob er sein Geschäft aufgeben oder fortsetzen will, und in diesem Entschlusse ist er, wie bereits gesagt, völlig unabhängig.[5])

β. Der für die Berechnung maßgebende Zeitpunkt.

Haben wir somit festgestellt, nach welchen Gesichtspunkten der Wert der Vermögensgegenstände zu bestimmen ist, so muß nunmehr noch die weitere Frage beantwortet werden, für welchen Zeitpunkt die Vermögenslage zu berechnen ist.

§ 40 H. G. B. bestimmt, für die Eröffnungsbilanz und die jährlichen Bilanzen, daß die Vermögensgegenstände und Schulden nach dem Werte anzusetzen sind, die ihnen „in dem Zeitpunkte" beizulegen ist, für welchen die Aufstellung stattfindet, wie bereits oben angegeben ist. Die hier fragliche Endbilanz wird nun unzweifelhaft für den Moment der Auflösung der stillen Gesellschaft aufgestellt, denn mit diesem Augenblicke hört die Verwendung der Vermögenseinlage des stillen Gesellschafters auf und nimmt die Gestalt eines dem Betrage nach nicht mehr veränderlichen Guthabens an. Da nun der Moment der Auflösung, wie bereits gesagt, mit dem Eintritt der die Auflösung bedingenden Tatsachen zusammenfällt, so ist dieser Augenblick grundsätzlich für die ganze Auseinandersetzung maßgebend.[1])

Es sind folglich alle diejenigen Vermögensgegenstände einerseits und Schuldposten andererseits in die Bilanz einzustellen, die zur Zeit der Auflösung vorhanden waren, und zwar zu dem Werte, den sie zu dieser Zeit haben. Mag demnach auch der eine oder andere Vermögensgegenstand vorher einen höheren oder geringeren Wert gehabt haben und demzufolge in den vorausgehenden Jahresbilanzen zu diesem Werte gebucht worden sein, so ist diese Buchung für den Komplementar nunmehr nicht bindend.

---

[4]) Warneyer, II. Jahrgang, § 340 H. G. B., S 228; Dießner, S. 42.

[5]) Makower Ic, § 340, S. 954.

[1]) Lehmann-Ring, § 340, Nr 4, S. 677; Goldmann, Anm. 1, § 340, S. 1314; Behrend, § 94 V, S. 679; Bolze 5, Nr. 737.

Der Zeitpunkt der Auflösung ist ausnahmsweise für die Wertberechnung dann nicht maßgebend, wenn die Abwickelung schwebender Geschäfte eine Aenderung in dem Vermögensbestande hervorruft. Die hierdurch herbeigeführte Verbesserung oder Verschlechterung ist bei der Berechnung des Guthabens zu berücksichtigen.[2])

Zu den im Inventar aufgestellten Vermögensgegenständen gehören in erster Linie die von den Gesellschaftern eingelegten Gegenstände oder sonstigen Einlagen, denn diese bilden ja mit dem während der Gesellschaft erworbenen Vermögen das Betriebskapital des Handelsgewerbes.

Es sei hier kurz erwähnt, daß es häufig Tatfrage sein wird, ob gewisse Gegenstände, die in dem Handelsgewerbe verwandt werden, zu diesem Betriebskapital gehören und demnach in der Bilanz zu veranschlagen sind. So wird z. B. mitunter zweifelhaft sein, ob die dem Komplementar gehörigen Grundstücke, Maschinen usw. in die Gesellschaft eingelegt sind und ob mithin der stille Gesellschafter an den sich aus der Werterhöhung oder Wertminderung dieser Gegenstände ergebenden Gewinn oder Verlust teilnimmt.[3])

Häufig wird nur ihre Gebrauchsüberlassung als Einlage gewollt sein.

γ. Verrechnung der Einlage.

Wie ist nun die Vermögenseinlage des stillen Gesellschafters in der Bilanz zu verrechnen?

Was das Verhältnis angeht, in dem der stille Gesellschafter an dem Gewinn oder Verluste teilgenommen hat, so wird dies regelmäßig durch Vertrag bestimmt sein, andernfalls ist die Angemessenheit ausschlaggebend. Bestand nun die Einlage in barem Gelde, so bedarf obige Frage keiner näheren Ausführung, denn hier ist es dieser Geldbetrag, der sich evtl. um den von dem stillen Gesellschafter zu tragenden Verluste verringert und um die Gewinnquote vermehrt, falls die Einlage nicht völlig eingezahlt oder nachträglich vermindert ist. Der sich hiernach ergebende Geldbetrag ist in die Jahresbilanz und so auch in die Endbilanz einzustellen.

Wie ist es aber bei nicht in barem Gelde bestehenden Vermögenseinlagen?

An dieser Stelle muß zunächst kurz festgestellt werden, welcher Art die Vermögenseinlage überhaupt sein kann. Da das Gesetz ohne nähere

---

[2]) Makower I b, § 340, S. 953; Lehmann-Ring, § 340, Nr. 5, S. 677; Bolze 5, Nr. 736.

[3]) Makower a. a. O.; Bloze a. a. O.

Definition eine „Vermögenseinlage" verlangt und bezüglich ihrer bestimmt, daß sie so zu leisten sei, daß sie „in das Vermögen" des Inhabers des Handelsgewerbes übergehe, so ist ohne Einschränkung alles das als Einlage zuzulassen, was einen Vermögenswert repräsentiert und in das Vermögen eines anderen überzugehen vermag. Es sind demnach nicht unbedingt Vermögensgegenstände erforderlich, an denen Eigentum erworben werden kann. Hierüber läßt das neue H. G. B. im Gegensatz zum alten H. G. B. keinen Zweifel zu. Im übrigen ist jedoch streitig, was im einzelnen auf Grund obiger Bestimmung als Vermögenseinlage zugelassen werden kann.[1] Als herrschende Ansicht ist allerdings diejenige zu bezeichnen, die als Einlage außer barem Gelde, welches wohl regelmäßig als solche dienen wird, sonstige körperliche Gegenstände, die Gebrauchsüberlassung körperlicher Gegenstände, Forderungs- und Nutzungsrechte sowie auch Dienstleistungen zuläßt, soweit alles dies in Geld schätzbar und somit für die stille Gesellschaft einen wirtschaftlichen Wert hat. Nach dieser Ansicht, welcher der Verfasser beitritt, können demnach die Benutzung eines Fabrikgebäudes, die Ausbeutung eines Patents, technische und kaufmännische Dienstleistungen als Einlagen bedungen werden, denn alles dies repräsentiert einen Vermögenswert.

Dieser in Geld ausgedrückte Vermögenswert ist es nun, der in der Bilanz zur Verrechnung kommt, nach dem sich die Gewinn- und Verlustquote des stillen Gesellschafters richtet, der unter Umständen um den Verlustanteil vermindert und gegebenenfalls nach Auflösung der Gesellschaft zur Auszahlung gelangt.[2]

Gerade bezüglich dieser Dienstleistungen hat man bestritten, daß sie als Vermögenseinlage gelten könnten, und zwar u. a. mit der hier interessierenden Behauptung, daß bei solchen Einlagen weder von einer Verminderung durch Verlustanteil noch von einer Einzahlung der rückständigen Einlage in die Konkursmasse bis zu dem Betrage, welcher zur Deckung des Anteils am Verlust erforderlich ist, noch von Rückzahlung der Einlage, noch endlich von einer Geltendmachung des Einlagerestes im Konkurse des Geschäftsinhabers durch den stillen Gesellschafter als Gläubiger die Rede sein könne.[3] Diese Ansicht ist jedoch unzutreffend, denn wenn auch die

[1]) Vgl. Staub, Anm. 14 und 15 § 335, S. 1101; Lehmann-Ring, Nr 6, § 161, S 347; Lehmann, § 67, S. 350; v. Hahn, Art. 150, § 1 und 2, S. 550; Renaud, St. G., § 11, S. 80 f.; Makower, Anm. V b 3, § 335, S. 944; Lastig in E., S. 705; Anschütz-Völderndorff II, S. 877; Bauer, S. 19.

[2]) So: Renaud, St. G. S. 78.

[3]) So: Lastig, in E., S. 705

Dienstleistungen selbst eine Minderung nicht erfahren können, so kann doch ihr Geldeswert und damit auch mittelbar die Dienstleistung selbst die Grundlage der Beteiligung des stillen Gesellschafters bilden.[4]) Dieser Geldeswert wird also, wie bereits gesagt, zur Berechnung des Gewinn- und Verlustanteils wie auch des Auseinandersetzungsguthabens zu Grunde gelegt. Dies ist nicht anders im Falle der Einlage von Diensten, wie wenn Gebrauchsüberlassung, Nutzungsrechte als Vermögenseinlagen gemacht werden.

Was allerdings die Rückzahlung der Einlage bei Auflösung der Gesellschaft angeht, so wird hiervon im Falle der Einlage von Diensten regelmäßig keine Rede sein, da die Bestimmung des § 733, Abs. 2, S. 3, B. G. B., nach der für Einlagen, die in der Leistung von Diensten bestanden haben, kein Ersatz bei der Auseinandersetzung verlangt werden kann, auch auf die stille Gesellschaft analog anzuwenden ist. Wenn keine entgegenstehende Vereinbarung getroffen ist, besteht demnach lediglich in der Gewinnbeteiligung das Aequivalent der Einlage; dies wird auch regelmäßig aus der Bemessung des Gewinnanteils hervorgehen.[5])

c. Anspruch des stillen Gesellschafters auf Rückgabe der zum Gebrauch überlassenen Gegenstände.

Bezüglich der Einlage eines Gegenstandes quoad usum ist nochmals zu erwähnen, daß der Gegenstand selbst nicht zur Verrechnung kommt, sondern der Geldwert der Benutzungsberechtigung. Es übt folglich auch der Umstand, daß der Gegenstand an sich eine Wertänderung erfahren hat, keinen unmittelbaren Einfluß auf die Schlußbilanz aus, höchstens kann dadurch, daß sich infolge der Wertveränderung auch der Gebrauchswert ändert, mittelbar das Ergebnis des Handelsbetriebes günstig oder ungünstig beeinflußt werden.

Der zum Gebrauch überlassene Gegenstand selbst ist dem stillen Gesellschafter nach Auflösung der Gesellschaft in natura zurückzugeben,[6]) während eine Entschädigungspflicht für die Ueberlassung und Abnutzung desselben mangels ausdrücklicher Vereinbarung bei Auflösung der Gesellschaft nicht besteht.[7]) Auch hier wird regelmäßig in der Höhe der Gewinnbemessung das Aequivalent zu finden sein.

---

[4]) A. M Löwy, S. 29.

[5]) Vgl. Rettig, S. 41; Bucher, S. 46; Windscheid, Pandekten II, S. 731.

[6]) Goldmann, Anm. 2, § 340, S. 1314; Bauer, S. 46; Bolze 17, Nr 514

[7]) Rettig, S. 41.

In analoger Anwendung des § 732 B. G. B. hat der stille Gesellschafter den Gegenstand in dem Zustand zu übernehmen, in dem sich dieser nach ordnungsmäßiger Benutzung befindet.[8]) Eine durch schuldhaftes Verhalten des Komplementars herbeigeführte Verschlechterung hat dieser zu ersetzen, während er für jede auf andere Umstände zurückzuführende Wertminderung nicht einzustehen hat, da der stille Gesellschafter alleiniger Eigentümer des Gegenstandes bleibt und somit auch allein die Gefahr zu tragen hat.[9]) Demnach geht er auch seines Anspruches völlig verlustig, wenn der Gegenstand durch Zufall untergeht. Anders ist es mit den quoad dominium eingelegten Gegenständen, da für diese, als im Eigentume des Komplementars befindlich, letzterer die Gefahr zu tragen, wenn auch an dem Verluste oder der Wertminderung infolge ihrer Einwirkung auf das Geschäftsergebnis der stille Gesellschafter beteiligt ist.

Auch an dieser Stelle ist zu erwähnen, daß es häufig schwierig sein wird, zu entscheiden, ob ein Gegenstand quoad dominium oder quoad usum eingebracht ist. Eine Vermutung dafür, daß die Gegenstände quoad dominium eingelegt sind, besteht nicht. Es ist jedoch die Absicht, die Gegenstände quoad dominium einzulegen, schlechthin anzunehmen bei Einlagen von vertretbaren und verbrauchbaren Sachen und bei solchen nicht vertretbaren und nicht verbrauchbaren Sachen, die nach einer Schätzung beizutragen sind, die nicht blos für die Gewinnverteilung bestimmt ist; es ist § 706 Abs. 2, B. G. B., durch den nach obigen Gesichtspunkten die Frage entschieden wird, welche Beiträge der Gesellschafter des bürgerlichen Rechts im Zweifel in das gemeinschaftliche Eigentum der Gesellschafter übergehen oder nicht, analog anzuwenden.

Nach diesen Gesichtspunkten ist also im Zweifelsfalle auch hier zu entscheiden, welche Gegenstände dem stillen Gesellschafter zurückzugeben sind.

Ebenso sind dem Kommanditisten nach Auflösung der Gesellschaft die nur zum Gebrauch überlassenen Gegenstände in natura zurückzuerstatten. Auch hier ist § 706 Abs. 2., B. G. B. anzuwenden.[10])

Die nach den obigen Grundsätzen aufgestellte Endbilanz läßt ersehen, wie sich das Schlußergebnis des Handelsgewerbes gestaltet und hiernach ist festzustellen, ob und welches Kapitalkonto für den stillen Gesellschafter vorhanden ist.

---

[8]) Cosack, B. G. B. II, § 278. S. 444.

[9]) Renaud, St. G., S. 119; Renaud, K. G., S. 221.

[10]) Pfennig, S 59; Staub, Anm 1 3, § 111, S. 432.

ε. Gewinnkonto.

Weiterhin ist auf Grund dieser Bilanz zu bestimmen, ob und welches Gewinnkonto sich für den stillen Gesellschafter ergiebt. Neben dem Kapitalkonto kann sich nämlich dann ein Gewinnkonto bilden, wenn das Handelsgeschäft seit der letzten Jahresbilanz bis zum Augenblicke der Auflösung der Gesellschaft mit Gewinn betrieben worden[1]) ist.

c) Verpflichtung des stillen Gesellschafters zur Zahlung des Passivkontos.

Unter Umständen kann nicht nur ein Guthaben des stillen Gesellschafters fehlen, sondern auch ein Passivkonto für ihn vorhanden sein. Ein solches ist allerdings nicht möglich, wenn er sämtliche während Bestehens der Gesellschaft fällig gewordenen Einlagen eingezahlt hat, da gemäß § 337, Abs. 2, S. 1, H. G. B. der stille Gesellschafter an dem Verluste nur bis zum Betrage seiner eingezahlten oder rückständigen Einlage teilnimmt. Dagegen kann ein Passivkonto entstehen, wenn das Handelsgewerbe mit Verlust betrieben worden, die Beteiligung des stillen Gesellschafters am Verluste vertragsmäßig nicht ausgeschlossen ist und derselbe eine während des Bestehens der Gesellschaft verfallene Einlage ganz oder teilweise nicht geleistet hat. Es ist ja auch denkbar, daß überhaupt noch keine Einlage geleistet worden ist; wofern nur eine solche unter den Parteien vereinbart worden ist, ist die Existenz einer Gesellschaft anzunehmen. Das bei einer derartigen Sachlage möglicherweise entstehende Passivkonto beläuft sich auf denjenigen Betrag, um den die Einlage, wenn während des Bestehens der Gesellschaft eingezahlt, durch Verlust vermindert worden wäre.[1]) Auf Einzahlung dieses Passivkontos hat der Komplementar einen klagbaren Anspruch.[2]) Darüber hinaus kann er jedoch nicht etwa die Einzahlung der ganzen rückständigen Einlage verlangen, um vielleicht zunächst die Gläubiger zu befriedigen und dem stillen Gesellschafter später dasjenige zurückzuzahlen, was nach gänzlicher Beendigung sämtlicher Abwickelungsgeschäfte von dem auf den stillen Gesellschafter entfallenden Verlustanteil nicht aufgezehrt ist.[3]) Wenn dagegen der Nachweis geführt wird, daß er die ganze vor der Auflösung fällig gewordene Einlage zur Abwickelung der schwebenden Geschäfte bedarf, so ist sie von dem stillen Gesell-

---

[1]) Renaud, St. G., S. 173.

[1]) Stühmke, S. 47.

[2]) Makower II c, § 340, S 955.

[3]) Lehmann-Ring, Nr. 2, § 340, S. 676; Staub, Anm 7, § 340, S. 1116.

schafter voll einzuzahlen.[4]) Im übrigen hat dieser insoweit, als seine Einlage durch Verlust nicht aufgezehrt wird, eine infolge der Auflösung fälligen Anspruch auf Rückzahlung der Einlage, den er dem Anspruche des Komplementars auf Einzahlung der rückständigen Einlage entgegenhalten kann, sodaß eben nur der durch Verlustanteil zur Zeit der Auflösung verminderte Betrag der rückständigen Einlage einzuzahlen bleibt.

Durch ausdrückliche Bestimmung des Gesetzes ist das Aktivkonto des stillen Gesellschafters eine reine Geldforderung. Einer derartigen Bestimmung ermangelt es bezüglich des Passivkontos, doch ist auch für dieses dasselbe anzunehmen.[5]) Schon die Erwägung, daß die nicht in barem Gelde bestehende Einlage nicht selten nur so lange für den Komplementar von Wert ist, als das Sozietätsverhältnis besteht, daß diese Einlage z. B. dann für ihn völlig wertlos werden kann, wenn er zugleich mit der Auflösung der Gesellschaft auch den Betrieb des Handelsgewerbes einstellt, muß dahin führen, dem Komplementar das Recht zuzusprechen, das Passivkonto stets in Geld ausbezahlt zu verlangen. In manchen Fällen würde es widersinnig und in manchen direkt unmöglich sein, die Einlage in der besonderen vertraglich bestimmten Art insoweit zu leisten, als ihr Wert dem Passivkonto entspricht.

Nach der hier vertretenen Ansicht ist der stille Gesellschafter nur zur Einzahlung des Passivsaldos verpflichtet. Hiervon müßte aber stets dann eine Ausnahme gemacht werden, wenn die Natur der Einlage eine dem Passivsaldo entsprechende Abstufung nicht zuließe, wenn z. B. als Einlage ein Gebäude, ein Grundstück oder eine sonstige unteilbare Sache einzulegen wäre, deren Wert das Passivsaldo übersteigt. Makower,[6]) der die Ansicht vertritt, daß durch die Auflösung der Gesellschaft die rückständige, nicht in Geld bestehende Vermögenseinlage sich nicht in eine Geldschuld umwandele, gibt allerdings dem stillen Gesellschafter die Wahl in Höhe seiner Gegenforderung das Zurückbehaltungsrecht gemäß § 320 B.G.B. auszuüben oder dem Komplementar das Miteigentum zum entsprechenden Teile zu übertragen, oder schließlich, wenn der Gegenstand teilbar ist, einen entsprechenden Teil zu leisten. Hierzu ist jedoch zu bemerken, daß zunächst das Zurückbehaltungsrecht nicht ausgeübt werden

---

[4]) Behrend. § 94, Anm. 13, S. 678

[5]) Behrend, § 94, Anm. 25, S. 680; Staub, Anm 7, § 340, S. 1116; Bucher S. 130 f.; Stühmke, S. 47; a. M. Lehmann-Ring, Nr. 4, § 340, S. 677; Eckelmann, S. 67; Makower II c, § 340 S. 955.

[6]) Makower a. a. O

könnte, wenn die Auflösung durch Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Inhabers des Handelsgeschäfts erfolgt ist, da gemäß § 15 K. O. nach der Konkurseröffnung ein Zurückbehaltungsrecht nicht mehr erworben werden kann. Weiterhin wird das Miteigentum an manchen Gegenständen für den Komplementar überhaupt keinen Wert haben und ebensowenig wird in vielen Fällen, in denen eine dem Werte des Passivsaldos entsprechende Teilung möglich ist, dieser Teil von irgend welchem wirtschaftlichen Interesse für den Komplementar sein. Schließlich ist noch hier der Fall zu erwähnen, daß Dienstleistungen als Einlagen bedungen sind, die stille Gesellschaft aber deshalb aufgelöst worden ist, weil das gegenseitige Vertrauen unter den Gesellschaftern geschwunden ist. Hier würde es ganz und gar nicht im Interesse des Komplementars liegen, daß der stille Gesellschafter noch fernerhin in seinem Geschäfte tätig wäre. Zudem wären ja auch diese Dienstleistungen unmöglich, wenn mit der Auflösung auch das Handelsgewerbe eingestellt würde.

Hierzu kommt, daß die Verpflichtung die verfallene Einlage in Höhe des Passivkontos einzuzahlen, sich nicht mehr als eine eigentliche Einlagepflicht darstellt, da ja die Einlage zum Zwecke der Verwendung in dem auf gemeinschaftliche Rechnung betriebene Handelsgewerbe gemacht wird und diese Voraussetzung mit der Auflösung der Gesellschaft nicht mehr vorliegt. Die Einlagepflicht hat sich in eine Deckungspflicht verwandelt.[7])

Alle diese Erwägungen sprechen dafür, daß die fragliche Bestimmung des § 340 Abs. 1 H. G. B. analog auf den Fall auszudehnen ist, wo für den stillen Gesellschafter sich ein Schuldposten ergibt. Demnach steht dem Komplementar bezüglich des Passivsaldos dasselbe Recht zu, welches dem stillen Gesellschafter durch jene Vorschrift ausdrücklich gewährt wird. Es klagt demnach der Komplementar nicht die eigentliche Einlage, sondern eine reine Geldforderung als das ihm zukommende Guthaben ein.[8])

Wollen sich Gläubiger des Komplementars aus diesem Anspruche befriedigen, so müssen sie sich denselben entweder auf vertraglichem Wege von jenem übertragen oder im Wege der Pfändung überweisen lassen, da ja auch dieses Guthaben auf Seiten des Komplementars nicht etwa eine Haftsumme gegenüber dritten Personen darstellt.

Auch bei der Kommanditgesellschaft kann sich nach Auflösung für den Kommanditisten ein Passivkonto herausstellen, wenn er nämlich seine Einlage noch nicht vollständig eingezahlt hat und dieser rückständige Betrag zur

[7]) Junghanns S. 75.
[8]) Dießner, S. 40.

Deckung von Gesellschaftsschulden erforderlich ist. Mit diesem Passivsaldo haftet der Kommanditist auch persönlich dem Gesellschaftsgläubiger gegenüber.[9])

d) Anspruch des stillen Gesellschafters auf abschriftliche Mitteilung der Endbilanz.

Wie oben dargetan, erfolgt die Berechnung des Auseinandersetzungsguthabens auf Grund der Endbilanz, welche der Komplementar aufzustellen hat. Bezüglich der Endbilanz sind nun dem stillen Gesellschafter dieselben Rechte zuzubilligen, welche er auch bezüglich der Jahresbilanz hat. So hat er in erster Linie einen klagbaren Anspruch auf abschriftliche Mitteilung dieser Endbilanz. Dieser Anspruch steht dem stillen Gesellschafter schon deshalb zu, weil die Endbilanz das Ergebnis des Handelsgewerbes für die Zeit feststellt, in der sich der stille Gesellschafter noch an diesem Handelsgewerbe als Gesellschafter beteiligt hat und somit ebenso an dem Ergebnisse rechtlich interessiert ist, als ob er noch jetzt die Stellung eines Gesellschafters einnähme.

e) Anspruch des stillen Gesellschafters auf Einsicht der Bücher und Papiere.

Es muß der stille Gesellschafter in der Lage sein, die abschriftlich mitgeteilte Bilanz prüfen zu können. Diese Möglichkeit ist ihm bezüglich der Jahresbilanz durch § 338 H. G. B. gewährt, indem ihm hiernach das Recht zusteht, unter Einsicht der Bücher und Papiere die Bilanz zu prüfen. Dasselbe Recht ist ihm auch hinsichtlich der Schlußbilanz zuzusprechen.[1]) Lehmann-Ring bestreitet dies, indem er ausführt, da der stille Gesellschafter nicht mehr die Stellung eines Gesellschafters einnehme, habe er überhaupt kein Recht auf Einsicht der Bücher, auch nicht zwecks Prüfung der Endbilanz.[2]) Dieser Ansicht ist nicht zuzustimmen. Dieses Prüfungsrecht steht dem stillen Gesellschafter ebenso wie das Recht auf Mitteilung der Bilanz schon deshalb zu, weil, wie bereits gesagt, die Endbilanz einen Zeitraum umfaßt, während der die gesellschaftliche Vereinigung noch bestand. Hat nun das Gesetz dem stillen Gesellschafter mit Rücksicht auf seine gesellschaftliche Beteiligung jene Kontrollrechte bezüglich der Jahresbilanz zur Nachprüfung der jährlichen Gewinn- bezw. Verlustberechnung zugestanden, so müssen ihm auch zur Nachprüfung seines Guthabens die-

[9]) Behrend, § 88, S. 681; Lehmann § 66, S. 343.

[1]) Vgl. Makower I a § 340, S. 953.

[2]) Lehmann-Ring § 340, Nr. 6, S. 677; vgl. Planck, B. G. B, § 740, S. 483.

selben Mittel gewährt werden. Daß diese Bilanz zeitlich nach der Auflösung der Gesellschaft aufgestellt wird, kann nicht rechtfertigen, ihm das Kontrollrecht abzuerkennen; zudem ist zu berücksichtigen, daß ihm jede Möglichkeit genommen würde, ohne Zuhilfenahme des Gerichts die Richtigkeit des ihm vom Komplementar berechneten Guthabens wirksam nachzuprüfen. § 45 H. G. B. wäre nur eine notdürftige Ergänzung dieser Gesetzeslücke. Der stille Gesellschafter muß in der Lage sein, sich selbstständig einen Ueberblick darüber zu verschaffen, wie bei Beendigung des Gesellschaftsverhältnisses der Stand der vermögensrechtlichen Beziehungen zwischen ihm und dem Komplementar ist, und da sich dieser Stand aus dem Resultate des Handelsgewerbes ergibt, welches ohne seine Mitwirkung von dem Komplementar allein betrieben worden ist, so kann er sich nur durch Einsicht der Geschäftsbücher davon überzeugen, ob jenes Geschäftsergebnis in der ihm abschriftlich erteilten Bilanz richtig angegeben worden ist.

f) Pflicht des stillen Gesellschafters zur Erteilung der Entlastung.

Der Rechnungslegungspflicht des Komplementars, welcher dieser in der oben geschilderten Weise nachkommt, entspricht die Verpflichtung des stillen Gesellschafters, Entlastung zu erteilen, wenn er die Abrechnung für richtig erachtet. Dies muß aus dem hier zur Anwendung kommenden § 368 B. G. B. entnommen werden.[1])

Diese Entlastungserklärung kann naturgemäß ebenso wie auch die Berechnung des Auseinandersetzungsguthabens nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen angefochten werden. So wird der Komplementar die Abrechnung wegen Irrtums anfechten, wenn er irrtümlicher Weise die Aktiven zu hoch angesetzt hat, denn hierdurch würde sich das Guthaben des stillen Gesellschafters höher belaufen, als diesem von Rechtswegen zusteht. Der Komplementar hätte demnach bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles das Guthaben nicht in dieser Höhe angegeben. Dagegen kann der stille Gesellschafter die Berechnung selbst nicht anfechten, wenn etwa Passiva in die Bilanz eingestellt worden sind, die in Wahrheit überhaupt nicht vorhanden waren. Hat er jedoch eine solche Bilanz irrtümlicher Weise als richtig anerkannt und dem Komplementar Entlastung erteilt, so kann er diese Entlastungserklärung wegen Irrtums anfechten.

---

[1]) Staub Anm. 8, § 340, S. 1117; Behrend, § 94, Anm. 26, S. 680; Makower VIb, § 114, S. 304; Junghanns, S. 74; Bolze 12, Nr. 187.

g) Beteiligung des stillen Gesellschafters an dem Ergebnisse der schwebenden Geschäfte.

1. Allgemeines.

Mit der Endbilanz und der Auszahlung des auf Grund dieser Rechnung festgestellten Aktiv- oder Passivsaldos sind jedoch nicht immer alle Rechtsbeziehungen zwischen den Gesellschaftern erledigt.

Gemäß § 340 Abs. 2 H. G. B. nimmt nämlich der stille Gesellschafter teil an dem Gewinne und Verluste, der sich aus dem zur Zeit der Auflösung der Gesellschaft schwebenden Geschäften ergibt, und zwar nimmt er an diesem in demselben Verhältnisse teil, wie während des Bestehens der Gesellschaft am ganzen Handelsgewerbe.[1])

Auch bezüglich dieser auf gemeinschaftliche Rechnung gehenden Abwickelungsgeschäfte tritt der stille Gesellschafter nach außen nicht in die Erscheinung, aus den Geschäften wird lediglich der Komplementar dritten Personen gegenüber berechtigt und verpflichtet.

Da die gesetzliche Bestimmung über die Beteiligung des stillen Gesellschafters an den schwebenden Geschäften nur eine Dispositivvorschrift ist, so kann unter den Gesellschaftern auch vereinbart werden, daß diese Beteiligung ausgeschlossen sein soll. Nach Staub kann eine dahingehende Vereinbarung daraus geschlossen werden, daß der stille Gesellschafter bei Eingehung des Gesellschaftsverhältnisses an den Geschäften teilgenommen hat, die vor Beginn der Gesellschaft von dem Komplementar für alleinige Rechnung abgeschlossen und während des Bestehens der Gesellschaft realisiert worden sind.

Bei der Kommanditgesellschaft kommen nach der Auflösung nur noch Abwickelungsgeschäfte in Frage, da ja der Betrieb des Handelsgewerbes eingestellt ist. Bezüglich dieser Abwickelungsgeschäfte nimmt der Kommanditist insofern eine ähnliche Stellung ein, wie der stille Gesellschafter zu den schwebenden Geschäften, als auch er an dem Gewinn und Verlust derselben beteiligt ist. Jedoch wirkt auch hier seine Beteiligung wie während des Bestehens der Gesellschaft nach außen, er haftet dritten Personen gegenüber für die während der Dauer der Liquidation entstehenden Verbindlichkeiten, mögen auch im einzelnen Falle die Geschäfte dem Liquidationszwecke nicht entsprochen haben. Da alle diejenigen Rechtssätze, welche für die bestehende Gesellschaft bestehen, auch nunmehr noch insoweit zur Anwendung kommen, als sie nicht den Bestand eines Handelsgewerbes zur Voraussetzung haben, so ist auch hier § 128 H. G. B., natürlich mit der ent-

sprechenden Modifikation, daß der Kommanditist nur beschränkt haftet, maßgebend. Auch für die hierdurch entstehenden Ansprüche der Gesellschaftsgläubiger gegenüber den Kommanditisten besteht die Verjährungsvorschrift des § 159 H. G. B., nur mit dem Unterschied, daß hier der Lauf der Frist erst mit dem Entstehen bezw dem Fälligwerden der Verbindlichkeit beginnt, also nicht mit dem Zeitpunkt der Auflösung. Die Verjährung tritt auch dann zu Gunsten des Kommanditisten ein, wenn er selbst als Liquidator die Gesellschaftsverbindlichkeit eingegangen ist.

Unter den schwebenden Geschäften der aufgelösten stillen Gesellschaft sind solche zu verstehen, die vor der Auflösung begonnen und erst nachher vollendet sind und ferner auch diejenigen, welche zwar nach der Auflösung begonnen sind, jedoch zur Beendigung der bereits vorher begonnenen Geschäfte notwendigerweise vorgenommen werden müssen.[2])

Da der stille Gesellschafter an dem Gewinn und Verlust dieser schwebenden Geschäfte teilnimmt, so wird sein ursprüngliches Auseinandersetzungsguthaben, das ja für den Zeitpunkt der Auflösung aufgestellt ist, um die sich evtl. ergebende Gewinn- oder Verlustquote erhöht bezw. vermindert.

Wie ist es, wenn die Abwickelungsgeschäfte einen Verlust ergeben und bereits vor der Auflösung der Gesellschaft oder erst während der Abwickelung eine Einlage des stillen Gesellschafters fällig geworden ist?

In ersterem Falle hat der stille Gesellschafter unzweifelhaft mit seiner Einlage den auf ihn entfallenden Verlustanteil zu decken, denn die Einlageverpflichtung war bereits zur Zeit, wo die Gesellschaft noch bestand, existent geworden und wird auch nicht durch die Auflösung rückwirkend wieder beseitigt. Es hat in diesem Falle der Komplementar ein Forderungsrecht auf Auszahlung der rückständigen Einlage evtl. mit Verzugszinsen, soweit Beträge zur Deckung des Verlustanteils erforderlich sind.

Anders liegt aber die Sache, wenn erst nach der Auflösung während des Auseinandersetzungsverfahrens die Einlage fällig geworden wäre; tatsächlich wird sie gar nicht mehr fällig. Die Einlagepflicht setzt, wie bereits oben gesagt, das Bestehen der Gesellschaft voraus, fällt somit sofort mit der Auflösung weg.[3]) Da nun der stille Gesellschafter nur bis zum Betrage seiner Einlage, natürlich der fällig gewordenen Einlage, am Verluste teilnimmt, so kann unter diesen Umständen eine Deckungspflicht des

---

1) Makower Anm. II, A 2, § 340, S. 956; R. G. Z. 48, 80.

2) Goldmann Anm. 29, § 138, S. 613; R. G. Z. 15, 81.

3) Lehmann-Ring Nr. 2, § 340, S. 676; Jaeger K. O., Anm. 6, § 16; Behrend, § 94, S. 678; Junghanns, S. 74; Bucher, S. 131.

stillen Gesellschafters nicht anerkannt werden. Wir sagen, die Voraussetzung der Einlageverpflichtung sei weggefallen, denn die Gesellschaft ist mit der Auflösung auch insoweit, als die Abwickelungsgeschäfte in Frage kommen, definitiv erloschen. Auch ist die Fiktion des Fortbestehens der Gesellschaft nicht anzunehmen.[4]) Ebensowenig wie für den Gesetzgeber eine Veranlassung vorgelegen hat, dem ausscheidenden Gesellschafter bezüglich der Abwickelungsgeschäfte die Stellung eines Gesellschafters einzuräumen — denn sonst müßten §§ 738 bis 740 B. G. B. eine den Abs. 2, § 730 B. G. B. entsprechende Bestimmung enthalten —, ist dies hier der Fall. Hier wie dort handelt es sich nur noch um eine rein ökonomische, nicht gesellschaftliche Beteiligung des ehemaligen Gesellschafters, infolge deren sich je nach dem Ausfalle der Abwickelungsgeschäfte das endgültige Auseinandersetzungsguthaben rechnerisch zu Gunsten oder Ungunsten des Gesellschafters verändert. Behrend, der dies bezüglich des ausscheidenden Gesellschafters zugibt, bestreitet es bezüglich des stillen Gesellschafters,[5]) obschon durch die Auflösung der stillen Gesellschaft ebenso die sofortige und gänzliche Unterbrechung des Sozietätsverhältnisses zwischen dem stillen Gesellschafter und dem Komplementar herbeigeführt wird, wie durch das Ausscheiden eines Gesellschafters sofort und gänzlich das zwischen ihm und übrigen Gesellschaftern bestehende Gesellschaftsband zerreißt. Gründe, diese gleichartigen Fälle verschieden zu behandeln, liegen nicht vor. Vor allem aber sind bei der stillen Gesellschaft nicht diejenigen Momente gegeben, die bei der Liquidation einer Kommanditgesellschaft die Annahme des Fortbestehens dieser Gesellschaft in der Liquidationsgesellschaft rechtfertigen. Es ist daher auch nicht eine entsprechende Anwendung des § 730, Abs. 2, B. G. B. zulässig, denn es fehlt an der auseinanderzusetzenden Vermögensgemeinschaft.[6]) Es handelt sich überhaupt nicht um eine Liquidation bei der Vornahme der schwebenden Geschäfte, denn es werden weder gemeinschaftliche Gegenstände versilbert noch gemeinschaftliche Gläubiger befriedigt. Im alten H. G. B. war allerdings in Artikel 265 die Rede von einer Liquidation dieser Geschäfte, doch war eine eigentliche Liquidation auch hier nicht gemeint, weshalb das neue H. G. B. diesen Ausdruck an der betreffenden Stelle vermeidet.

---

[4]) Makower Anm. II d. 1, § 340, S. 955; Staub Anm. 1, § 340, S. 1115; Bolze 14, Nr. 483 a.; Junghanns, S. 71, dagegen: Behrend, § 94, Anm. 13, S. 678.

[5]) Behrend a. a. O.

[6]) Renaud, St. G., S. 172.

2. Kein Abberufungsrecht des stillen Gesellschafters gegenüber dem Komplementar.

Es werden daher die schwebenden Geschäfte auch nicht durch einen Liquidator erledigt, der Komplementar ist nicht als solcher zu betrachten. Ein Liquidator verpflichtet und berechtigt durch seine in dieser Eigenschaft vorgenommene Rechtshandlung die Liquidationsgesellschaft; hiervon kann bei der stillen Gesellschaft keine Rede sein. Infolgedessen hat der Gesetzgeber dem stillen Gesellschafter auch nicht das Recht gegeben, die Abberufung des Komplementars und die Ernennung eines Liquidators an seiner statt zu veranlassen.[7])

Der Kommanditist hat dagegen diese wichtigen Rechte. Die §§ 146 und 147 H. G. B. finden auch auf die Kommanditgesellschaft Anwendung und der Kommanditist ist Beteiligter im Sinne dieser Bestimmungen, und zwar ist dies aus dem Grunde gerechtfertigt, weil der Kommanditist aus den von den Liquidatoren eingegangenen Rechtsgeschäften unmittelbar verpflichtet wird. Es kann somit der Kommanditist beim Vorliegen wichtiger Gründe beantragen, daß das Gericht die Liquidatoren ernennt, er hat mitzustimmen bei Abberufung eines Liquidators, und es kann das Gericht auf seinen Antrag aus wichtigen Gründen die Abberufung bewirken.

Derartige Rechte stehen dem stillen Gesellschafter nicht zu; er kann höchstens, wenn die ordnungsmäßige Erledigung der Abwickelungsgeschäfte durch das Verhalten des Komplementars gefährdet erscheint, gemäß § 938 Z. P. O. den Erlaß einer einstweiligen Verfügung dahingehend bewirken, daß dem Komplementar vorläufig diese Handlungsweise untersagt wird.[8])

Auf eine ordnungsmäßige Beendigung der Abwickelungsgeschäfte hat der stille Gesellschafter Anspruch, während es dem Komplementar abgesehen hiervon völlig freigestellt ist, auf welche Art und Weise er die Geschäfte zur Erledigung bringt. Daß hierbei nur vernünftiges Ermessen walten darf und nicht Willkür oder gar böser Wille, ist selbstverständlich, im übrigen ist er jedoch gemäß dem entsprechend anzuwendenden § 740 B. G. B. berechtigt, die Geschäfte so zu beendigen, wie es ihm am vorteilhaftesten erscheint.[9]) Läßt er jedoch bei der Geschäftsführung die Sorgfalt eines

---

[7]) Vgl. Staub Anm. 12, § 340, S. 1117; Makower II, Art. 1, § 340, S. 955; Behrend, § 94 II, S. 677; Band, S. 56, Anm. 1.

[8]) Staub, Anm 12, § 340, S. 1117; Lehmann-Ring Nr. 5, § 340, S. 677; Makower II A. 1, § 340, S. 955; Behrend § 94, Anm. 7, S. 677.

[9]) Goldmann, Anm. 28, § 138, S. 613; Stühmke S 48; R. O. H. G. 15, 205; R. G. Z. 15, 81.

ordentlichen Kaufmannes außer Acht, so haftet er dem stillen Gesellschafter für den hierdurch entstehenden Schaden, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob er in eigenen Angelegenheiten keinen höheren Grad von Sorgfalt angewendet hätte.[10]) In einem etwaigen Rechtsstreite hat der stille Gesellschafter den Beweis zu erbringen, daß durch Verletzung dieser Sorgfalt ein Schaden entstanden ist.[11]) Die diligentia quam suis hat der Komplementar zwar für die Zeit des Bestehens der Gesellschaft in analoger Anwendung des § 708 B. G. B. zu vertreten, doch ist ja die Gesellschaft nicht als fortbestehend anzusehen.[12]) Hatte somit der Komplementar als Gesellschafter bei der Geschäftsführung unter Umständen nur für grobe Fahrlässigkeit einzustehen, so hat er jetzt unbedingt diejenige Sorgfalt anzuwenden, die im Handelsverkehr erforderlich ist (§ 347 H. G. B.). Man kann nicht mit Löwy sagen,[13]) die Verpflichtung zur Abwickelung der schwebenden Geschäfte sei der Ausfluß der stillen Gesellschaft und daher habe der Komplementar auch hierbei nur für diligentia quam suis einzustehen. Jene Verpflichtung rechtfertigt sich daraus, daß die Abwickelungsgeschäfte Geschäfte des Handelsgewerbes sind, dessen alleiniger Inhaber und Leiter während Bestehens der Gesellschaft und auch jetzt noch der Komplementar ist. Diese Tatsache und nicht der Umstand, daß er vordem die Stellung eines Gesellschafters eingenommen hat, begründet seine Verpflichtung.

Der Kommanditist hat dagegen als Liquidator nur diligentia quam suis zu prästieren. Ebenso kann er die Beobachtung nur dieser Sorgfalt von den übrigen Gesellschaftern, welche als Liquidatoren tätig werden, verlangen, denn hier besteht ja die Gesellschaft fort.

3. Kontrollrechte des stillen Gesellschafters hinsichtlich des Ergebnisses der schwebenden Geschäfte.

Was die Kontrollrechte des stillen Gesellschafters bezüglich der schwebenden Geschäfte angeht, so stehen ihm diese nicht mehr in solchem Umfange zu, wie während Bestehens der Gesellschaft. Gemäß § 340 Abs. 3 H. G. B. hat der Komplementar auf Verlangen des stillen Gesell-

---

[10]) Lehmann-Ring, Nr. 5, § 340, S. 677; Staub, Anm. 11, § 340, S. 1117; Lehmann § 67, S. 355; Makower, Anm. II, A. 1, § 340, S. 955; Bolze 11, Nr 466.

[11]) Makower a. a. O.; Bolze a. a. O. Dagegen: Staub a. a. O.

[12]) Cosack, H. G. B. § 112, VII b, S. 544. Dagegen: Behrend, Anm. 13, § 94, S. 678 und Eberlein S 58.

[13]) Löwy S. 72 f.

schafters allerdings die Verpflichtung, am Schlusse jeden Geschäftsjahres Rechenschaft über die inzwischen beendigten Geschäfte abzulegen, jedoch steht dem stillen Gesellschafter nicht mehr das Recht zu, diese Rechnungslegung unter Einsicht der Geschäftsbücher zu prüfen. Dieses weitere Recht hat er mit dem Augenblicke verloren, indem er die Stellung eines Gesellschafters zu bekleiden aufhörte,[1]) während ihm allerdings bezüglich der Endbilanz das erweiterte Prüfungsrecht aus den oben angeführten Gründen zuzubilligen ist. Daß der stille Gesellschafter überhaupt jenes eingeschränkte Recht hat, zwingt jedoch nicht zu der Annahme, daß bezüglich der Abwickelungsgeschäfte die Gesellschaft noch fortbestehe, denn dieses Kontrollrecht findet seine Berechtigung in dem rechtlichen Interesse des stillen Gesellschafters an dem Ergebnisse dieser Geschäfte.

Der Komplementar hat Rechnung über die erledigten Geschäfte zu legen. Diese Rechenschaftslegung muß lediglich den Erfordernissen des § 259 B. G. B. entsprechen und ist dieses möglich ohne Vorlegung der Bücher, so hat der stille Gesellschafter auch kein Recht auf Vorlegung derselben. Ebensowenig hat er Anspruch auf Erteilung der Bilanz. Nach Auflösung der Gesellschaft hat der Komplementar ein erhebliches Interesse daran, dem stillen Gesellschafter keinen Einblick in den weiteren Geschäftsbetrieb zu gewähren, denn nunmehr ist ihm der stille Gesellschafter ein Fremder wie jede andere dritte Person. Dieses Interesse würde aber nicht gewahrt, wenn sich der stille Gesellschafter an Hand der Bilanzen und Bücher über den Stand des ganzen Handelsgewerbes informieren könnte. Demgemäß kann er auch nicht beanspruchen, daß der Komplementar die Bücher nach der Auflösung der Gesellschaft aufbewahrt.[2])

Bezüglich des Kontrollrechts des Kommanditisten ist folgendes zu sagen. Während Bestehens der Gesellschaft ist dessen Recht in derselben Weise umgrenzt, wie das des stillen Gesellschafters; § 166 und § 333 H.G.B. stimmen inhaltlich überein. Im Gegensatz zum stillen Gesellschafter behält aber der Kommanditist wie auch seine Rechtsnachfolger zum mindesten dieses Kontrollrecht auch im Liquidationsstadium. Er kann demnach die am Anfang und Ende der Liquidation seitens der Liquidatoren aufzustellende Bilanz unter Einsicht der Bücher prüfen. Wenn der Kommanditist Mitliquidator ist, so erübrigt sich zudem dieses Kontrollrecht, da er in jener Eigenschaft jederzeit die Bücher benutzen und einsehen kann. Nach Beendigung der Liquidation hat ferner der Kommanditist selbst wie auch sein

[1]) Vgl. Lehmann § 67, Anm. 1, S. 356.

[2]) Vgl. Band S. 56 f.

Rechtsnachfolger das gleiche Recht auf Aushändigung der Bücher, wie jeder persönlich haftende Gesellschafter, wenn er sie auch in der Regel nicht erhalten wird.[3])

b) Art und Zeit der Geltendmachung des Auseinandersetzungsguthabens.

1. Art der Geltendmachung.

Es ist nunmehr darzutun, wie und zu welcher Zeit das Auseinandersetzungsguthaben vom stillen Gesellschafter geltend gemacht werden kann.

Wie bereits oben gesagt, kann der stille Gesellschafter nicht ohne weiteres seine Einlage, sondern nur sein Guthaben ausbezahlt verlangen. Folglich kann er nicht seine Einlage einklagen und dem Komplementar den Beweis dafür überlassen, daß die Einlage durch Verlust verringert sei, er muß vielmehr sein Mindestguthaben dartun.[1]) Um aber die Klage auf Auszahlung dieses Guthabens genügend substanzieren zu können, muß er dessen Höhe ziffernmäßig kennen. Er wird demnach regelmäßig genötigt sein, vorerst Klage auf Rechnungslegung zu erheben oder diese Klage gleichzeitig mit der Klage auf Zahlung zu verbinden.[2]) In letzterem Falle kann nämlich gemäß § 254 Z. P. O. die „bestimmte" Angabe des Anspruchs vorbehalten werden, bis die Rechnung mitgeteilt ist.[3]) Fernerhin kann die zunächst auf Rechnungslegung gerichtete Klage späterhin in eine Klage auf Zahlung abgeändert werden, denn hierin ist eine Klageänderung im Sinne der Z. P. O. nicht zu erblicken. Die Klage auf Rechnungslegung ist jedoch nicht in allen Fällen erforderlich. Kann nämlich der stille Gesellschafter ohne diese Rechnungslegung genügende Tatsachen vorbringen, auf Grund deren ihm das von ihm selbst berechnete Guthaben jedenfalls als Mindestguthaben zusteht, so ist die Klage an sich begründet. Der Komplementar hat sich auf dieselbe einzulassen und muß, will er behaupten, daß das Guthaben geringer sei, diese Behauptung begründen.[4]) So ist unzweifelhaft, daß der stille Gesellschafter seine Einlage sofort einklagen kann, wenn er dartut, daß er am Verluste überhaupt nicht beteiligt sei[5]) oder daß fort-

---

[3]) Vgl. Küster S. 39; Freese S. 59.

[1]) Makower II b, § 340, S. 954.

[2]) Goldmann Anm. 1, § 340, S 1314; Bauer S. 87; R. O. H. G. 13, 274 f.

[3]) Lehmann-Ring Nr. 6, § 340; Bolze 1 Nr 1161; 4 Nr. 795; 8 Nr 539 b; R. G. Z. 43, 338.

[4]) Goldmann, Anm. 1, § 340, S. 1314.

[5]) Goldmann a. a. O.; Makower II b, § 340, S. 954; Bolze 4, Nr. 795.

gesetzt Gewinn an ihn ausgezahlt worden sei.[6]) Wie weiterhin durch Urteil des Reichsgerichts vom 14. Februar 1885 entschieden, kann der stille Gesellschafter in der Weise eine genügend begründete Klage einreichen, daß er sein Guthaben auf Grund der letzten Jahresbilanz berechnet und sich gleichzeitig darauf beruft, daß ausweislich der Handelsbücher seitdem ein Verlust nicht eingetreten sei.[7])

Im einzelnen wird es jedoch Tatfrage sein, welche Tatsachen zur schlüssigen Klage auf Auszahlung des Guthabens genügen, sodaß es also Aufgabe des Richters ist, mit Rücksicht auf den konkreten Fall zu prüfen, ob die vom stillen Gesellschafter vorgebrachten Behauptungen die Klage schlüssig erscheinen lassen. Es kann unter Umständen die bloße Behauptung, der Geschäftsbetrieb habe keine Verluste gehabt, die Klage auf Rückzahlung der vollen Einlage genügend substanzieren.

2. Zeit der Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens.

Der Abschnitt über die stille Gesellschaft enthält keine Bestimmung, die in zweifelsfreier Weise den Zeitpunkt der Fälligkeit des Guthabens festsetzt. § 340 H. G. B. besagt: „Nach" der Auflösung der Gesellschaft hat sich der Inhaber des Handelsgeschäfts mit dem stillen Gesellschafter auseinanderzusetzen und dessen Guthaben in Geld zu berichtigen. Es ist nun die Frage, ob das Guthaben ohne Unterschied sofort mit dem Augenblicke der Auflösung fällig wird oder ob bestimmte Umstände den Fälligkeitstermin hinausschieben können. Letzteres ist anzunehmen. Um sich mit dem stillen Gesellschafter auseinandersetzen und diesem das Guthaben auszahlen zu können, muß der Komplementar zunächst zur Bestimmung des Guthabens die Schlußrechnung ausstellen und hierzu bedarf es regelmäßig einer gewissen Frist, die nach den jeweiligen Verhältnissen länger oder kürzer zu bemessen sein wird. Ist demnach über die Zeit der Auszahlung des Guthabens keine Vereinbarung getroffen, so ist gemäß § 271 Abs. 1 B. G. B. nach den Umständen zu entscheiden, wann die Forderung als fällig zu betrachten ist[1]) Es muß auch weiterhin dem Komplementar hinreichend Zeit gelassen werden, genügendes Kapital aus dem Geschäfte

[6]) Staub, Anm. 14, § 340, S. 1118; Makower a. a. O; Bucher S. 131; J. W. 03, 10[23].

[7]) Bolze 1, Nr. 1161.

[1]) Staub, Anm. 9, § 340, S. 1117 und Anm. 9; Exkurs § 141, S. 532; Dießner S. 42.

flüssig zu machen, ohne hierdurch das Fortbestehen des Handelsgewerbes unmöglich zu machen, natürlich vorausgesetzt, daß auch ohne die Beteiligung des stillen Gesellschafters jenes Gewerbe existenzfähig ist. Sind noch schwebende Geschäfte zu erledigen und stellt demnach die Endbilanz nicht die definitive Schlußrechnung dar, so kann der stille Gesellschafter nicht sofort das ganze in der Endbilanz aufgestellte Guthaben ausbezahlt verlangen, vielmehr ist der Komplementar berechtigt, soviel zurückzubehalten, als möglicherweise zur Abwickelung der schwebenden Geschäfte nötig ist. Dagegen kann das ganze Gutachten m. E. nicht bis zur Erledigung dieser Geschäfte zurückbehalten werden.[2])

Die zum Gebrauch überlassenen Gegenstände sind in der Regel sofort zurückzugeben, sind sie jedoch zur Abwickelung von schwebenden Geschäften erforderlich, so kann sie der Komplementar bis zur Erledigung dieser Geschäfte zurückbehalten.[3])

Der sich aus den schwebenden Geschäften für den stillen Gesellschafter ergebende Gewinnanteil ist diesem gemäß § 340, Abs. 3, H. G. B. am Schlusse eines jeden Jahres auszubezahlen. Aber auch von diesem Betrage kann ein entsprechender Teil zurückbehalten werden, wenn dieser zur Beendigung noch weiterer schwebenden Geschäfte nötig erscheint.

i) Uebertragbarkeit des Auseinandersetzungsguthabens.

Das Auseinandersetzungsguthaben kann der stille Gesellschafter übertragen.[1]) Dieser Anspruch ist allerdings ein solcher, der ihm aus dem Gesellschaftsverhältnisse gegen den Komplementar zusteht, und bezüglich derartiger Ansprüche stellt der hier zur entsprechenden Anwendung kommende § 717, B. G. B. das Prinzip der Unübertragbarkeit auf. Das Gesetz ist hierbei von der Erwägung ausgegangen, daß der Gesellschaftsvertrag auf gegenseitigem Vertrauen beruht und ebenso nach der passiven als auch nach der aktiven Seite an die Person des Gesellschafters gebunden ist.[2]) Somit sind es im allgemeinen Ansprüche, bei denen die Leistung nicht ohne Veränderung ihres Inhaltes an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger erfolgen und von einem anderen Schuldner geleistet werden können.

---

[2]) Anm.: Renaud, St. G. S. 174; Bauer S. 87; Eckelmann S. 67.

[3]) Lehmann-Ring Nr. 4, § 340, S. 677; Dießner S 41; Bolze 17, Nr. 514.

[1]) Vgl. Staub, Anm. 5, § 340, S. 1116; Goldmann, Anm. 31, § 109, S. 490; Makower II b, § 340, S. 954; Dießner, S. 13, Bucher, S. 130; R. G. Z 18, 43 f.; Windscheid, Pandecten II, S. 734.

[2]) Motive zum B. G. B. II, S. 614 zu § 644.

Von diesen Ansprüchen macht aber der Anspruch auf das Guthaben eine Ausnahme. Hierbei handelt es sich, wie bereits oben dargetan, stets um eine reine Geldforderung, bei der sich inhaltlich dadurch nichts ändert, daß die Leistung statt an den stillen Gellschafter an eine andere Person erfolgt. Sie ist, obgleich auf Grund des Gesellschaftsverhältnisses entstanden, doch von diesem losgelöst und erscheint als unabhängiger Anspruch.[3]) Mit Rücksicht hierauf hat der § 717 B.G.B. diesen rein vermögensrechtlichen Anspruch auf Auszahlung des Guthabens ebenso wie gewisse Ansprüche aus Geschäftsführung und auf Zahlung der Gewinnanteile von dem Prinzip der Unübertragbarkeit ausgeschlossen; dagegen sind nicht von diesem Prinzip ausgeschlossen: die Ansprüche auf Rechnungslegung, Auskunftserteilung sowie die Kontrollberechtigung des stillen Gesellschafters. Diese Rechte sind aus den obigen Erwägungen heraus als höchstpersönliche anzusehen, denn da sie demjenigen, welchem sie zustehen, die Möglichkeit gewähren, in die Interna des Handelsgewerbes Einblick zu erhalten, müssen sie für jedem Dritten ausgeschlossen sein. Dies geschieht durch die Aufstellung des Prinzips der Unübertragbarkeit.[4]) Es können daher obige Ansprüche weder selbständig noch in Verbindung mit dem Anspruch auf Auszahlung des Guthabens zediert werden. Sie können nur von dem stillen Gesellschafter in Person, dessen Erben oder dessen gesetzlichen Vertreter ausgeübt werden.[5]) Die Hinzuziehung von Sachverständigen wird vom Reichsgericht für zulässig erachtet.[6])

Das Gesetz sagt: „Das, was einem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt" ist übertragbar. Hierunter sind aber, wie auch aus dem Wortlaute zu entnehmen ist, nicht jene Ansprüche zu verstehen. Es sind allerdings Ansprüche, die mit Rücksicht auf das Recht, das Auseinandersetzungsguthaben zu verlangen, dem Gesellschafter gegeben sind. Deshalb kann man jedoch nicht sagen, daß es Hilfsrechte seien, die mit dem Hauptrechte übergingen.[6]) Es sind selbständige Ansprüche, die zu den gesellschaftlichen Herrschaftsrechten zu zählen sind.

Da somit eine dennoch erfolgte Uebertragung dieser Rechte gegen ein gesetzliches Verbot verstößt (§§ 399, 717 B.G.B.), so ist eine solche Uebertragung gemäß § 134 H.G.B. nichtig.

[3]) Motive a. a. O.; Goldmann, Anm. 32, § 109, S. 490; R.G.Z. 18, 43.

[4]) Vgl. Staub, Anm. 14, § 109, S. 428; R.G.Z. 52, 35; J.W. 02 39731.

[5]) Vgl. Lehmann-Ring VI, S. 667; Warneyer, 2. Jahrgang, § 717, B.G.B. S. 62; Anschütz-Völderndorff II, S. 875; Behrend, § 93, Anm. 34, S. 675; a. M. Lastig in E. § 140 VII, S. 743 f.

[6]) Vgl. Markus im Recht 03, S. 25.

Sie können demnach auch nicht verpfändet werden (§§ 851, 857 Z. P. O.).

Dagegen kann der stille Gesellschafter das übertragbare Auseinandersetzungsguthaben auch verpfänden.

Das bezüglich der Uebertragbarkeit bezw. Unübertragbarkeit der Ansprüche des stillen Gesellschafters Gesagte gilt in gleicher Weise von den Ansprüchen des Kommanditisten.

B. Die Stellung des stillen Gesellschafters bei Auflösung der stillen Gesellschaft durch Konkurseröffnung.

1. Abschnitt. Allgemeines.

Bei der bisherigen Betrachtung der Stellung des stillen Gesellschafters nach Auflösung der Gesellschaft haben wir völlig außer Acht gelassen, durch welchen Rechtsgrund die Gesellschaft zur Auflösung gelangt ist, da im allgemeinen sämtliche Auflösungsgründe die gleichen Rechtsfolgen, wie sie oben dargelegt sind, nach sich ziehen. Nur in dem Falle, wo die Gesellschaft durch Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Geschäftsinhabers aufgelöst wird, ergeben sich einige Besonderheiten, auf die unten näher eingegangen werden soll, während grundsätzlich die oben dargelegten Rechtsprinzipien auch bei dieser Art der Gesellschaftsauflösung zur Anwendung kommen.[1])

Zunächst ist noch zu bemerken, daß ein Konkurs der stillen Gesellschaft selbst nicht möglich ist, da es hierzu an dem erforderlichen Gesellschaftsvermögen fehlt.[2]) Das Geschäftsvermögen steht im alleinigen Eigentum des Komplementars; daher ist lediglich dieser Gemeinschuldner, wenn über jenes Vermögen der Konkurs eröffnet wird, und nur er hat die sich hieraus ergebenden Rechte und Pflichten.

Es sind demnach bei der stillen Gesellschaft nur zwei Konkursfälle möglich, nämlich Konkurs über das Vermögen des Komplementars einerseits und über das Vermögen des stillen Gesellschafters andererseits.

[1]) Behrend § 94 VII, S. 681.

[2]) Behrend, § 94 I, S. 776; Anschütz-Völderndorff, Art. 250, S. 331.

Im Gegensatz zur stillen Gesellschaft sind bei der Kommanditgesellschaft entsprechend der Anzahl der selbständigen Vermögensmassen drei Fälle zu unterscheiden, in denen die Gesellschaft durch Konkurs aufgelöst wird, nämlich durch den Konkurs über das Vermögen eines Komplementars, eines Kommanditisten und schließlich der Gesellschaft selbst. Letzterer Konkurs ist möglich, da das Handelsgewerbe mit einem nicht nur tatsächlich, sondern auch rechtlich von dem Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter abgesonderten Vermögen betrieben wird und somit unabhängig von dem Vermögen der einzelnen Gesellschafter über dieses Gesellschaftsvermögen das Konkursverfahren eröffnet werden kann (§ 209 K. O.)

Nur beim Gesellschaftskonkurse wird das Handelsgewerbe selbst unmittelbar von dem Konkurse ergriffen, während beim Konkurse über das Vermögen eines einzelnen Gesellschafters Liquidation der Gesellschaft außerhalb des Privatkonkurses eintritt und nur der Anteil des Gemeinschuldners an der Firma, als Teil seines Vermögens, von dem Konkurse mitergriffen wird. Es ist demnach der Gesellschaftskonkurs mit dem Konkurse des Komplementars der stillen Gesellschaft, und der Konkurs des einzelnen Gesellschafters der Kommanditgesellschaft mit dem Konkurse des stillen Gesellschafters in vergleichende Betrachtung zu ziehen.

2. Abschnitt. Konkurs über das Vermögen des stillen Gesellschafters.

Auch der Konkurs über das Vermögen des stillen Gesellschafters bewirkt die Auflösung der Gesellschaft, doch ergeben sich hier keine wesentlichen Abweichungen gegenüber den übrigen Auflösungsgründen. Besondere Vorschriften stellt das Handelsgesetzbuch für diesen Fall nicht auf. Auch hier wird durch die Auflösung das Fortbestehen des von dem Komplementar betriebenen Handelsgewerbes rechtlich in keiner Weise berührt. Letzterer hat die Rechte und Pflichten aus § 340 H. G. B., und zwar nicht gegenüber dem stillen Gesellschafter, sondern gegenüber dem Konkursverwalter. Dieser hat das Guthaben als Forderung zur Masse zu ziehen und nötigenfalls im Prozeßwege die Rechte des stillen Gesellschafters geltend zu machen, also auf Rechnungslegung und Auszahlung des Guthabens zu klagen. Er kann fernerhin das dem stillen Gesellschafter zustehende Kontrollrecht ausüben, obschon dieses Recht, wie bereits gesagt, streng an die Person des Gesellschafters geknüpft ist. Ergibt die Schlußrechnung ein Passivsaldo für den stillen Gesellschafter, so kann der Komplementar dieses als Konkurs

forderung anmelden.[1]) Aus den oben bereits dargelegten Gründen kann er nicht ohne weiteres die ganze rückständige Einlage als seine Forderung geltend machen.

Bezüglich der Stellung des Kommanditisten bei Auflösung der Gesellschaft durch Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines einzelnen Gesellschafters sind ebenso wie bei der Auflösung der stillen Gesellschaft durch Konkurs über das Vermögen des stillen Gesellschafters bezüglich dessen Stellung keine wesentlichen Besonderheiten zu erwähnen.

Fällt der Kommanditist in Konkurs, so kann der Gesellschaftsgläubiger seine Forderung als gewöhnliche Konkurs-Forderung in Höhe der rückständigen Einlage geltend machen,[2]) denn auch er ist neben den Privatgläubigern gleichberechtigter Konkursgläubiger. Er kann sich auch an andere Gesellschafter oder an die Gesellschaft selbst halten.

Die Gesellschaft selbst hat wegen der auf das Gesellschaftsverhältnis sich stützenden Forderungen gemäß § 51, K. O. ein Recht auf abgesonderte Befriedigung aus den bei der Teilung oder der sonstigen Auseinandersetzung ermittelten Anteile des Kommanditisten.[3])

Ist Kommanditist und Kommanditgesellschaft in Konkurs geraten, so macht der Konkursverwalter des Gesellschaftskonkurses den Einlagerückstand im Konkursverfahren des Kommanditisten als zur Konkursmasse der Gesellschaft gehörend geltend.[4])

3. Abschnitt. Konkurs über das Vermögen des Komplementars der stillen Gesellschaft.

a) Allgemeines.

Zunächst ist anzuführen, daß der stille Gesellschafter infolge des Umstandes, daß der Komplementar mit der Eröffnung des Konkurses von der freien Verfügung ausgeschlossen wird (§ 6, Abs. 1, K. O.) und an seine Stelle gemäß § 6, Abs. 2, K. O. der Konkursverwalter tritt, für die Folgezeit nicht mehr zum Komplementar, dem Gemeinschuldner, sondern zum Konkursverwalter in Rechtsbeziehung steht. Der stille Gesellschafter

[1]) Lehmann-Ring, Nr. 4, § 341, S. 679; Goldmann, Anm. 4, § 341, S. 1316.
[2]) Jaeger, K. O., Anm. 3, § 3, S. 38; Lehmann-Ring Nr 5, § 131, S. 286.
[3]) Puller, S. 60.
[4]) Jaeger, K. O., Anm. 3, § 3, S. 38.
[5]) Makower I d, § 340, S. 954.

hat sich also mit letzterem auseinanderzusetzen, und zwar außerhalb des Konkursverfahrens, denn es findet § 16 K. O. auch auf die stille Gesellschaft Anwendung, wenn auch durch dieses Gesellschaftsverhältnis eine Gemeinschaft im Sinne jener Bestimmung nicht begründet worden ist.[6]) Die Auseinandersetzung erfolgt „außerhalb des Konkursverfahrens" bedeutet nichts anderes, als daß die Art und Weise der Auseinandersetzung sich nicht nach den Regeln der Konkursordnung, sondern nach den speziell für die Auseinandersetzung zwischen Komplementar und stillem Gesellschafter gegebenen Vorschriften und den zur entsprechenden Anwendung kommenden Bestimmungen des B. G. B. regelt.[7]) Somit hat der Konkursverwalter die sämtlichen Rechte und Pflichten, die bei sonstiger Auflösung dem Komplementar zugestanden bezw. obgelegen hätten. Er hat folglich die Pflicht, Rechnung zu legen über das dem stillen Gesellschafter zustehende Auseinandersetzungsguthaben; gegen ihn muß daher der stille Gesellschafter auf Rechnungslegung Klage erheben, wenn er nicht gutwillig dieser Pflicht nachkommt.[8]) Ebenso wie bei sonstiger Auflösung der Gesellschaft kann der stille Gesellschafter auch in diesem Falle, ohne vorher die Rechnungslegung abzuwarten, sein Guthaben mittels der ihm zur Verfügung stehenden Unterlagen selbst berechnen und geltendmachen. Er kann diesen von ihm selbst berechneten Betrag zum Konkurs anmelden. Jeder der Gläubiger ist allerdings berechtigt, diese Forderung zu bestreiten, ebenso wie dies dem Inhaber des Handelsgeschäftes freisteht, wenn er selbst belangt wird. Bestreitet ein Gläubiger die angemeldete Forderung, so ist der stille Gesellschafter genötigt, sich in einem Prozesse über die Höhe der von ihm geltendgemachten Forderung mit diesem Gläubiger einzulassen (§§ 144, 146 K. O.).[9]) Hat der stille Gesellschafter vereinbarungsgemäß an dem Verluste des Handelsgewerbes nicht teilgenommen, so kann er unter allen Umständen die ungeminderte Einlage als Konkursforderung geltendmachen. Auch im Konkursfalle steht ihm die Feststellungsklage zu, sodaß er also dahingehend Klage erheben

---

[6]) Goldmann, Anm. 3, § 341, S. 1315; Sydow-Busch, Anm. 1, § 16; Lehmann-Ring, Nr 1, § 341, S. 678; Staub, Anm. 17, § 341 S. 1118 f; Kleinfeller, § 16, Nr. 30, S. 86; Behrend, § 94 VII, Anm. 34, S. 682; Gruchot 29, 998; J. W. 01, 404[22].

[7]) Vgl. Jaeger, K. O., Anm. 8, § 16.

[8]) Lehmann-Ring, Nr. 1, § 341, S. 678; Goldmann, Anm. 1, § 341, S. 1315; Warneyer, 2. Jahrg., S. 228; Behrend, § 94, Anm. 29, S. 681.

[9]) Jaeger, K. O., Anm. 6, § 3, S. 39; Goldmann, Anm. 2, § 341, S. 1315; Lehmann-Ring, Anm. 2, Nr. 2, § 341, S. 678; Behrend, § 94, Anm. 29, S. 681

kann, festzustellen, daß die Einlage oder das nach der letzten Jahresbilanz festgestellte Aktivkonto nicht oder nur in einem bestimmten Maße gemindert ist.[10])

Außer der Rechnungslegungspflicht liegt dem Komplementar weiterhin die Pflicht ob, die schwebenden Geschäfte zur Erledigung zu bringen.[11]) Er ist hierbei gegenüber dem stillen Gesellschafter ebenso unabhängig, wie es der Komplementar gewesen wäre, während er allerdings die Bestimmungen der §§ 17—28 K. O. zu berücksichtigen hat und an die Genehmigung des Gläubigerausschusses, wenn ein solcher besteht, gebunden ist.[12])

Wertberechnung des Auseinandersetzungsguthabens.

Für die Wertberechnung der Aktiven und Passiven sind auch hier die oben angeführten Gesichtspunkte maßgebend. Es kommen also diejenigen Posten zur Verrechnung, die zur Zeit der Auflösung der Gesellschaft vorhanden waren, und als Wert ist mangels entgegenstehender Vereinbarung auch hier der wahre Wert zur Zeit der Auflösung einzusetzen. Wenn daher infolge der Konkurseröffnung dieser Wert eine Minderung erfahren hat, so ist dieser verminderte Wert maßgebend.[1]) Denn diese Minderung ist mit der Tatsache der Konkurseröffnung vorhanden, und gleichzeitig mit dieser Konkurseröffnung tritt die Auflösung der Gesellschaft ein. Demnach ist der verminderte Wert in dem Zeitpunkte, für den die Berechnung des Vermögensstandes erfolgen muß, der wahre Wert. Dieselbe Ansicht vertreten auch Staub und Jäger,[2]) indem sie sich auf § 341, Abs. 1, H. G. B. in Verbindung mit § 3, Abs. 1, K. O. stützen. Hieraus folgt auch, daß, falls der Verwalter nach der Konkurseröffnung das Geschäft des Komplementars fortsetzt, die Ergebnisse dieses neuen Betriebes das Guthaben des stillen Gesellschafters unmittelbar weder in günstigem noch ungünstigem Sinne beeinflussen,[3]) wenn auch vielleicht indirekt die Geschäftsfortführung auf die dem stillen Gesellschafter wie auch die den übrigen Gläubigern zustehende Konkursdividende einwirken kann. Auch ein späterer Zwangsvergleich kommt dem stillen Gesellschafter nicht zugute, da dieser eine nach

---

[10]) Staub, Anm. 17, § 341, S. 1119; J. W. 03, 10 [23]; Warneyer, 2. Jahrg., S. 228.

[11]) Gutmann, Anm. R, § 341; Eckelmann, S. 68.

[12]) Gruchot 29, 998; J. W. 01, 404 [22]; 03, 10 [23]; Bolze 2, Nr 1100.

[1]) Makower I A, § 340, S. 954; Bolze, a. a. O.

[2]) Jaeger, K. O. Anm. 6, § 3, S. 39.

[3]) Warneyer, 2. Jahrg., S. 228, § 341; Lastig in E. S 742; J. W. 01, 404 [22].

dem hier fraglichen Zeitpunkte eintretende Besserung des Vermögensstandes herbeiführt und somit nur ein Gewinn für den Gemeinschuldner darstellt.[4]) Ebensowenig nimmt der stille Gesellschafter an dem Gewinn teil, den der Gemeinschuldner vielleicht dadurch erzielt, daß er das Geschäft zwecks eigener Fortführung aus der Masse erwirbt.[5]) Wohl aber nimmt er an dem Ertrage der bereits begonnenen aber noch nicht beendeten Geschäfte Anteil. Denn die Erledigung dieser Geschäfte bilden keinen neuen Geschäftsbetrieb, sondern gehören zur Auseinandersetzung.

Demgegenüber kommen im Konkurse über das Vermögen einer Kommanditgesellschaft die Wirkungen eines Zwangsvergleiches dem Kommanditisten insoweit zustatten, als dieser nach Beendigung des Gesellschaftskonkurses den Gesellschaftsgläubigern noch persönlich haften würde.[6]) Je nach dem Inhalte des Zwangsvergleiches wird die Haftung des Kommanditisten mehr oder weniger begrenzt (§ 211 K. O.), wenn auch eine Zustimmung zum Zwangsvergleichsvorschlag seitens des Kommanditisten nicht erforderlich ist.[7]) Diese Begrenzung findet allerdings nicht statt, wenn die Haftung des Kommanditisten noch auf anderen selbständigen Rechtsgründen beruht, z. B auf Bürgschaft oder Schuldübernahme.[8])

Wirkung der Konkurseröffnung auf das Aktiv- bezw. Passivkonto des stillen Gesellschafters.

Welche Einwirkung hat nun die Konkurseröffnung auf den durch die Auflösung zur Entstehung gelangten Anspruch des stillen Gesellschafters auf Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens?

Diese Frage ist durch § 341 H. G. B. besonders geregelt, und zwar sei gleich vorausbemerkt, daß dieser Paragraph nicht nur dann zur Anwendung kommt, wenn die stille Gesellschaft erst durch die Eröffnung des Konkurses aufgelöst wird, sondern auch in dem Falle, wo die Auflösung bereits aus einem anderen Rechtsgrunde erfolgt ist, der Konkurs aber noch während der Durchführung der Auseinandersetzung eröffnet wird.[1])

---

[4]) Jaeger, a. a. O.

[5]) Makower I A, § 340, S. 954; Wunnenberg, S. 84.

[6]) Jaeger K. O. Anm. 4, § 211, S. 838; Behrend § 90, Anm. 4, S. 649.

[7]) Sydow-Busch Anm. 1, § 211, S. 286; Lehmann-Ring No. 3, § 177, S. 370; Behrend § 90, S. 649; Wendel S. 63.

[8]) Jaeger K. O. a. a. O.

[1]) Makower I § 341, S. 956 f.

b) Der stille Gesellschafter ist bezüglich seines Guthabens Konkursgläubiger.

Gemäß § 341 Abs. 1 H. G. B. kann der stille Gesellschafter wegen der Einlage, soweit sie den Betrag des auf ihn fallenden Anteils am Verlust übersteigt, seine Forderung als Konkursgläubiger geltend machen.[2])

Somit ist er bezüglich seines Guthabens nicht besser und schlechter gestellt als jeder andere Konkursgläubiger.[3]) Wie aus den Protokollen der Kommission zur Beratung eines Allg. H. G. B. hervorgeht,[4] war in zweiter Lesung eine Bestimmung angenommen worden, nach der der stille Gesellschafter erst nach völliger Befriedigung aller übrigen Gläubiger, soweit noch möglich, sein Guthaben ausbezahlt erhalten sollte. Diese Bestimmung, welche an und für sich wohl mit Rücksicht auf das zwischen Komplementar und stillen Gesellschafter bestandene Gesellschaftsverhältnis nicht unbillig gewesen wäre, hat man später in dritter Lesung gestrichen, sodaß der Artikel 258 des alten H. G. B. inhaltlich dieselbe Vorschrift hatte, wie nunmehr § 341 H. G. B.[5] Diese Bestimmung ist jedenfalls die konsequente Schlußfolgerung aus der Stellung, die der stille Gesellschafter n a c h der Auflösung der Gesellschaft zu dem Komplementar einnimmt, nämlich die Stellung eines Gläubigers zum Schuldner ohne jeden gesellschaftlichen Charakter. Jedenfalls geht es nicht an, mit Rücksicht auf diese Stellung des stillen Gesellschafters im Konkurse des Komplementars der stillen Gesellschaft die rechtliche Natur der Gesellschaft abzusprechen. Es muß sich demnach der stille Gesellschafter ebenso mit der Konkursdividende begnügen, wie alle übrigen Konkursgläubiger. Zu letzteren gehören naturgemäß nicht nur diejenigen, welche aus dem Betriebe des Handelsgeschäftes gegen den Komplementar Forderungen herleiten, sondern auch seine sonstigen Privatgläubiger, da ein gegen den Zugriff seitens der Privatgläubiger rechtlich geschütztes Sondervermögen nicht besteht.[6])

In dieser Beziehung ist der stille Gesellschafter schlechter gestellt als der Kommanditist. An dem Konkurse der Kommanditgesellschaft nehmen nämlich nur die Handlungsgläubiger und nicht die Privatgläubiger des einzelnen Gesellschafters als Konkursgläubiger teil. Andererseits werden diese aber vor dem Kommanditisten befriedigt,[7]) da letzterer im Gegen-

[2]) Goldmann Anm. 2, § 341 S. 1315.

[3]) Anschütz-Völderndorff II, S. 891; Makower a. a. O.

[4]) Herausgegeben von Lutz S. 1167, 1174.

[5]) Vgl. Staub Anm. 1 § 341, S. 1119; Renaud St. G. S. 176; Dießner S. 44.

[6]) Makower I, § 341, S. 957; Anschütz-Völderndorff, Art. 150, S. 332.

[7]) Freese, S. 47.

satz zum stillen Gesellschafter mit seinen gesellschaftlichen Ansprüchen z. B. Kapitalanteil nicht die Stellung eines Konkursgläubigers einnimmt, denn das Gesellschaftsvermögen, wozu auch diese Ansprüche gehören, soll ja gerade zur Befriedigung der Konkursgläubiger dienen.[8]) Trotzdem also der Kommanditist nicht Konkursgläubiger bezüglich seines Kapitalanteils ist, nimmt er auch nicht die Stellung eines Gemeinschuldners ein. Zwar bildet das Gesellschaftsvermögen Gesamthandseigentum aller Gesellschafter, demnach auch des Kommanditisten, und folglich ist auch letzterer Mitträger der zur Konkursmasse gehörigen Rechte und Verbindlichkeiten, trotzdem aber kann er nicht als Gemeinschuldner angesehen werden, weil seine gesellschaftliche Beteiligung mehr eine kapitalistische ist und nicht den Einsatz der vollen Persönlichkeit zum Gegenstand hat.[9]) Dagegen sind die Komplementare Gemeinschuldner und nur diese haben die sich hieraus ergebenden Rechte und Pflichten.

Somit steht der Kommanditist den Konkursgläubigern nach und kann nur in dem Falle, daß nach Beendigung des Konkursverfahrens noch Masse vorhanden ist, den auf ihn nach Verhältnis seiner Beteiligung entfallenden Anteil verlangen. Auch können die Kommanditisten nicht die ihnen gegen die Komplementare zustehenden Regreßansprüche in dem Gesellschaftskonkurse geltend machen, sondern nur gegen die Komplementare persönlich.

Kein Absonderungsrecht des stillen Gesellschafters.

Infolge der völligen Gleichstellung des stillen Gesellschafters mit den übrigen Gläubigern steht diesem auch kein Absonderungsrecht zu, auch nicht in Konkurrenz mit den Privatgläubigern des Komplementars.[1]) Dies ist in § 341 H. G. B. bezüglich des Guthabens auf Einlagekonto unzweideutig zum Ausdruck gebracht. Aber auch abgesehen von dieser Bestimmung könnte § 51 K. O. keine Anwendung finden,[2]) da hier nur demjenigen, der sich mit dem Gemeinschuldner in einer Gesellschaft oder in einer „anderen Gemeinschaft" befindet, das Recht zugesprochen ist, wegen der auf

[8]) Cosack, H. G. B. § 111, 542: Jaeger, K. O., Anm. 5, § 3, S. 39; Anschütz-Völderndorff, Art. 150, S. 332; Fäh, S. 51; Beelitz, S. 120; Hammer S. 40.

[9]) Staub, Anm. 1 Erk., § 177, S 610; Kleinfeller, K. O., § 209, S. 624; Fäh, S. 51.

[1]) Denkschrift, S. 186; Makower II, § 341, S. 957; Goldmann, Anm. 2, § 341, S. 1316; Behrend, § 94 VII., S 682; Gruchot 29, 998.

[2]) Eckelmann, S. 71.

ein solches Verhältnis sich gründenden Forderungen abgesonderte Befriedigung aus dem bei der Auseinandersetzung ermittelten „Anteile" des Gemeinschuldners zu verlangen. Somit trifft § 51 K. O. offenbar nur solche Gesellschaften, bei denen eine Vermögensgemeinschaft zwischen den Mitgliedern besteht, was ja bei der stillen Gesellschaft ausgeschlossen ist.[3]) Daher kann der stille Gesellschafter auch nicht wegen etwaiger anderer auf das Gesellschaftsverhältnis sich stützenden Forderungen ein Absonderungsrecht geltendmachen. So stellen auch die Ansprüche aus stehengebliebenem Gewinn, der der Einlage nicht zugewachsen ist, einfache Konkursforderungen dar. Obwohl diese nicht abgehobene Gewinnquote an dem nach ihrer Fälligkeit eintretenden Verluste des Handelsgewerbes nicht mehr teilgenommen hat, so nimmt sie doch als unbevorzugte Konkursforderung an den durch den Vermögensverfall des Geschäftsinhabers verursachen Verlust teil, da sie als Vermögensbestandteil des Gemeinschuldners in die Konkursmasse fällt.[4])

Dagegen kann der stille Gesellschafter auf Grund der Bestimmungen der K. O. wohl ein Absonderungsrecht haben, wenn er z. B. durch Rechtsgeschäft oder durch Pfändung ein Pfandrecht an einem zur Konkursmasse gehörenden Gegenstande erworben hat (§§ 48, 49 K. O.). Es ist nämlich zulässig, daß der Geschäftsinhaber dem stillen Gesellschafter wegen der von diesem eingelegten Beträge durch die Bestellung von Pfand Sicherheit gewährt.[5]) In diesem Falle hat er alle Rechte eines Pfandgläubigers, unter anderem auch das Recht einer Mobilarpfändung von Grundstücksbestandteilen seitens der Gläubiger zu widersprechen und insbesondere, wie bereits gesagt, abgesonderte Befriedigung bei Eröffnung des Konkurses zu erlangen.

Aussonderungsrecht des stillen Gesellschafters.

Unter Umständen steht dem stillen Gesellschafter auch ein Aussonderungsrecht zu, wenn er nämlich die von ihm eingelegten Gegenstände nur zum Gebrauche überlassen hat. Sie sind ja im Eigentum des stillen Gesellschafters verblieben und sind ihm daher auch im Falle des Konkurses zurückzugeben.[1])

[3]) Vgl. Makower II, § 341, S. 957

[4]) Vgl. Makower a. a. O.; Behrend, Anm. 31, § 94, S. 682.

[5]) Makower Anm. V c, § 335, S. 945; Goldmann, Anm 2, § 341, S 1316; R. O. H. G. 12. 99; Gruchot 29, 996; R. G. Z. 27, 13.

[1]) Vgl. Lehmann-Ring, § 341, Nr. 2, S. 679; Puchelt-Förtsch, Art. 258; Anm. 3, S. 668; Goldmann Anm. 2, §. 341, G. 1316; Renand, St. G, S. 178; Staub Anm. 5, § 341, S. 1120.

Auch der Kommanditist kann im Gesellschaftskonkurse wegen anderer Ansprüche als desjenigen auf seinen Gesellschaftsanteil Konkursgläubiger sein.[2]) Bezüglich dieser Ansprüche kann auch ihm ein Absonderungsrecht zustehen, wenn ihm z. B. von der Gesellschaft Pfandsicherheit gewährt worden ist. Auch ihm steht bezüglich der quoad usum eingelegten Gegenstände ein Aussonderungsrecht zu.

c) Der stille Gesellschafter ist bezügl. seines Passivkontos Konkursschuldner.

Wie der stille Gesellschafter bezüglich seines Aktivkontos Konkursgläubiger ist, so ist er, falls sich für ihn ein Passivsaldo ergeben sollte, Konkursschuldner, denn gemäß § 341, Abs. 2, H. G. B., hat er die rückständige Einlage bis zu dem Betrage, welcher zur Deckung seines Anteils am Verlust erforderlich ist, zur Konkursmasse einzuzahlen. Er schuldet hiernach der Konkursmasse nur den noch nicht gedeckten Verlustanteil, nicht die ganze rückständige Einlage, eine Bestimmung, welche die Folge des oben dargelegten Rechtsgrundsatzes ist, daß mit der Auflösung der stillen Gesellschaft die Einlagepflicht unter allen Umständen erlischt und die rückständige Einlage sich als einfacher Schuldposten darstellt, welchem gegenüber der stille Gesellschafter insoweit ein Aufrechnungsrecht hat, als die Einlage zur Deckung des Verlustanteils nicht erforderlich ist.[1]) Also könnte der stille Gesellschafter auch ohne jene ausdrückliche Gesetzesbestimmung auf Grund des Aufrechnungsrechts gemäß §§ 53 ff. K. O. dasjenige zurückbehalten, was nicht durch seinen Verlustanteil aufgezehrt wird, selbst wenn die Einlage nicht in barem Gelde bestanden hätte (§ 54 K. O). Infolgedessen steht sich der stille Gesellschafter im Falle der Konkurseröffnung über das Vermögen des Geschäftsinhabers besser, wenn er mit seiner Vermögenseinlage rückständig ist, als wenn er sie bereits eingezahlt hätte. Im letzteren Falle ist er ja in Höhe des von dem Verluste nicht betroffenen Guthabens lediglich Konkursgläubiger und erleidet hierdurch wiederum Verlust, da ja regelmäßig die zur Auszahlung kommende Konkursdividende geringer ist, als die Konkursforderung selbst, während er im ersteren Falle

[2]) Vgl. Jaeger K. O., Anm. 5, § 3, S. 39; Vgl. Jaeger K. O., Anm. 15, § 210, S 835; Goldmann, Anm. 11, § 167, S. 721; Staub, Anm. 13, § 131, S. 499.

[1]) Staub Anm. 6, S. 1120; Lehmann-Ring Nr. 3, § 34, S. 679; Behrend, § 94, Anm. 32, S 682; Eckelmann, S. 70; Pfennig, S. 96; dagegen: Renaud, St. G., S 180; Puchelt, Anm. 5, Art. 258.

sein ganzes Guthaben zurückbehalten kann.[2]) Auch wenn er mit der rückständigen Einlage in Verzug geraten ist, hat er nicht die Verpflichtung, die ganze Einlage einzuzahlen, vielmehr erhöht sich nur in diesem Falle der von ihm zu tragende Verlustanteil um den durch den Verzug entstandenen Schadensersatzanspruch, also regelmäßig um die Verzugszinsen bei Geldeinlagen.[3]) Es kann jedoch der von ihm zu ersetzende Schaden mehr betragen, da er für das volle Interesse des Geschäftsinhabers haftet. Außerdem ist zu dem Verlustanteil eine Konventionalstrafe in die Konkursmasse einzuzahlen, wenn eine solche für den Fall des Verzuges vereinbart worden ist.

Dagegen ist nicht einzusehen, weshalb bei Verzug der stille Gesellschafter zur Einzahlung des ganzen Einlagerückstandes verpflichtet sein soll, um späterhin den durch seinen Verlustanteil nicht aufgezehrten Betrag als Konkursgläubiger geltend machen zu können.[4])

Der Kommanditist hat dagegen im Gesellschaftskonkurse die ganze Einlage, soweit er sie noch nicht eingezahlt hat, zur völligen Befriedigung der Handlungsgläubiger mindestens bis zu der im Handelsregister eingetragenen Höhe in die Konkursmasse einzuzahlen,[5]) denn er haftet mit seiner ganzen Einlage den Gesellschaftsgläubigern. Diese Ansprüche können jedoch die Gesellschaftsgläubiger nicht mehr persönlich gegenüber dem Kommanditisten geltendmachen, vielmehr ist dies gemäß § 171 H. G. B. Recht und Pflicht des Konkursverwalters, damit die Einlage der Konkursmasse nicht entzogen wird.[6]) Da der Konkursverwalter bei Ausübung des ihm aus § 171 H. G. B. zustehenden Rechts nicht die Gesellschaft selbst vertritt,[7]) so ist er an Vereinbarungen, die unter den Gesellschaftern im Innenverhältnis gültig getroffen worden sind, nicht gebunden. Der Kommanditist kann lediglich, wenn sein Verlustanteil auf Grund interner Vereinbarung geringer ist als seine auf Verlangen des Konkursverwalters ausgezahlte Haftsumme, außerhalb des Konkursverfahrens den von ihm über seinen Verlustanteil hinaussteigenden Betrag von den übrigen Gesellschaftern zurückverlangen.

Nach Eröffnung des Gesellschaftskurses kann sich der Kommanditist nicht mehr dadurch von seiner Einlagepflicht befreien, daß er einen Ge-

[2]) Staub a. a. O.; Lehmann-Ring a. a. O.; Behrend a. a. O.; dagegen: Puchelt a. a. O.

[3]) So: Lehmann-Ring Nr. 3, § 341, S. 679; Behrend, § 94, Anm. 32, S. 682; Eckelmann, S. 71.

[4]) Anm.: Renaud, St. G., S. 121; Windscheid, Pand., II, § 280, 4 S. 102; Puchelt, Anm. 4, Art. 258, S. 668; Frank S. 47; Bucher S. 101.

[5]) J. W. 96, 374[24]; Schoen, S. 75.

[6]) Denkschrift S. 114; Fäh, S. 51.

sellschaftsgläubiger in Höhe seiner Einlage befriedigt, dagegen kann nach Beendigung des Konkurses wiederum jeder Gesellschaftsgläubiger direkt gegen den Kommanditisten vorgehen.[8])

Hat der Kommanditist Forderungen gegen die Gesellschaft, so kann er unter den Voraussetzungen der §§ 53 ff. K. O. diese gegen seine Schuld aufrechnen.[9]) Er kann fernerhin dem Konkursverwalter den Einwand entgegenhalten, die von ihm geforderte Einlage sei in der verlangten Höhe zur Deckung von Schulden nicht nötig, denn der Konkursverwalter hat lediglich die Aufgabe, die Gesellschaftsgläubiger zu befriedigen und demnach hat er nur das hierzu erforderliche Kapital flüssig zu machen.[10])

Ist der Kommanditist ebenfalls in Konkurs geraten, so können die Gesellschaftsgläubiger nicht nur Befriedigung wegen des Ausfalls im Gesellschaftskonkurse, vielmehr ihren vollen Anspruch verlangen, da § 212 R. O. auf den Kommanditisten nicht zur Anwendung kommt.[11])

d) Das Anfechtungsrecht gemäß § 342 H. G. B.

1. Allgemeines.

Nunmehr ist noch derjenige Fall zu behandeln, in dem ausnahmsweise das stille Gesellschaftsverhältnis dritten Personen gegenüber zur rechtlichen Geltung kommt. Durch § 342 H. H. B wird nämlich den Gläubigern des Geschäftsinhabers gegenüber dem stillen Gesellschafter unter bestimmten Voraussetzungen ein besonderes Anfechtungsrecht neben den in §§ 29—34 K. O. aufgestellten Anfechtungsmöglichkeiten gewährt. Da die Bestimmung des § 342 H. G. B. ebenso wie die diesbezüglichen Vorschriften der K. O. öffentlich-rechtlicher Natur und somit zwingend ist, läßt sich das Anfechtungsrecht nicht etwa im Wege vertraglicher Vereinbarungen ausschließen.[1])

Ratio legis des durch § 342 H. G. B. aufgestellten Anfechtungsrecht im allgemeinen.

---

[7]) R. G. Z. 37, 87; 51, 37.

[8]) Vgl. Staub, Anm. 8/10, § 171, S. 600.

[9]) Staub, Anm. 14, § 131, S. 499; Makower II b., S. 435; Fäh, S. 52; Jaeger K. O, Anm. 14, § 53, S. 110; R. G. Z. 37, 87.

[10]) Lehmann, § 66, S. 338; R. G. Z. 51, 38.

[11]) Lehmann a. a. O.

[1]) Staub Anm 12, § 342, S. 1113; Goldmann, Anm. 5, § 342, S. 1317; Stühmke, S. 50; R. G. Z. 27, 19; Puchelt-Förtsch, Art. 259, Anm. 1, S. 670; Makower I, § 342, S. 958.

Wie aus den Voraussetzungen, die dieses Anfechtungsrecht bedingen, hervorgeht, ist die ratio legis d. h. die innere Begründung dieser Gesetzesbestimmung dieselbe, wie bei den durch die Konkursordnung gegebenen Anfechtungsmöglichkeiten. Auch bezüglich des hier zu behandelnden Anfechtungsrechts kann man mit Cosack[2]) sagen, daß dasselbe eine im Interesse der Aufrechterhaltung des Kredits geschaffene, positivrechtliche Ausnahmesatzung ist, eine obligatio lex lege, die sich aus der ganzen durch den Eintritt des Konkurses geschaffenen Sachlage heraus rechtfertigt. Der Bestimmung des § 342 H. G. B. liegt derselbe Gedanke zu Grunde, der auch das heutige Anfechtungsrecht der Konkursordnung beherrscht, denn hier wie dort soll aus Zweckmäßigkeitsrücksichten das Vermögen des Gemeinschuldners bereits eine geraume Zeit vor der Konkurseröffnung gegenüber bestimmten Rechtshandlungen gebunden werden, um auf diese Weise eine Benachteiligung der übrigen Gläubiger zu Gunsten eines einzelnen zu verhindern und eine gleichmäßige Verteilung der Konkursmasse zu ermöglichen.[3])

Die unten näher zu erörternden Voraussetzungen werden ergeben, daß dies der Endzweck der hier fraglichen Bestimmung ist und daß diese Bestimmung eine erheblich weitergehende Anfechtungsmöglichkeit bietet als die Bestimmungen der Konkursordnung selbst.

2. Voraussetzungen des Anfechtungsrechts.

Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Komplementars.

Es muß über das Vermögen des Geschäftsinhabers das Konkursverfahren eröffnet worden sein. Ist eine offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft Inhaberin des Handelsgewerbes, so muß über deren Vermögen der Konkurs eröffnet sein, es genügt nicht, daß ein einzelner Gesellschafter in Konkurs geraten ist.[1])

Vereinbarung über Rückzahlung der Einlage oder Erlaß des Anteils am entstandenen Verlust.

Ferner muß auf Grund einer in dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Konkurses getroffenen Vereinbarung zwischen dem Inhaber des

[2]) Cosack, A. R., S. 24 ff. Ebenso Jaeger, K. O., S. 226.
[3]) Pfennig, S. 97.

[1]) Vgl. Goldmann, Anm. 1, § 342, S. 1317; R. G. Z. 35, 36.

Handelsgeschäfts und dem stillen Gesellschafter letzterem die Einlage ganz oder teilweise zurückgewährt oder sein Anteil an dem entstandenen Verluste ganz oder teilweise erlassen worden sein. Liegt dies vor, so kann die Rückgewähr oder der Erlaß angefochten werden.

Die Vereinbarung muß innerhalb des letzten Jahres vor der Konkurseröffnung getroffen worden sein.

Es sind zwei Rechtshandlungen zu unterscheiden, die zeitlich auseinanderfallen können, jedoch nicht notwendigerweise auseinanderfallen müssen. Es sind dies zunächst die Vereinbarung und zweitens die Rückgewähr bezw. der Erlaß. Die letzteren sind die anzufechtenden Rechtshandlungen — nach der Fassung des Artikels 259 des alten H. G. B. zweifelhaft gewesen —, bezüglich derer das Gesetz keine unmittelbare Vorschrift gibt, innerhalb welchen Zeitraums sie vorgenommen sein müssen. Da aber das Gesetz vorschreibt, daß die Vereinbarung innerhalb des letzten Jahres vor der Konkurseröffnung zu erfolgen hat, so muß naturgemäß die anzufechtende Rechtshandlung ebenfalls in diese Zeit fallen, da ja nach der in § 29 K. O. aufgestellten allgemeinen Voraussetzung die Rechtshandlung „vor" Eröffnung des Konkurses vorgenommen sein muß. Rechtshandlungen, welche nach diesem Zeitpunkte vorgenommen werden, bedürfen der Anfechtung nicht, da sie nach § 7 K. O. den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam sind. Das Gesetz gibt die Zeitbestimmung für die Vereinbarung, weil es auf diese Vereinbarung und nicht auf den Ausführungsakt den Schwerpunkt legt. Wenn daher beispielsweise die stille Gesellschaft durch beiderseitige Uebereinkunft früher als ein Jahr vor der Konkurseröffnung aufgelöst worden ist, die Rückzahlung der Einlage jedoch in das kritische Jahr fällt, so ist eine Anfechtung auf Grund des § 342 H. G. B. nicht möglich.[1]) Gleichgültig ist, ob die Rückgewähr bezw. der Erlaß unter gleichzeitiger Auflösung der Gesellschaft stattgefunden hat oder diese erst innerhalb des nächsten Jahres durch die Konkurseröffnung aufgelöst wird.[2])

Die anfechtbaren Rechtshandlungen sind Rückgewähr der Einlage oder Erlaß des Verlustanteils.

Rückgewähr der Einlage.

Was ist nun unter „Rückgewähr" der „Einlage" zu verstehen?

[1]) Gareis-Fuchsberger, Anm. 20, Art. 259, S. 571; Lastig in E., S. 746; v. Hahn, S. 3, Art. 259, S. 693.

[2]) Behrend II, § 95, S. 686.

Mit dem Ausdrucke „Einlage" ist vom Gesetzgeber offenbar in erster Linie derjenige Betrag gemeint, welcher der stille Gesellschafter zur Zeit der Rückgewähr zu beanspruchen gehabt hätte, wenn zu dieser Zeit die Auflösung der Gesellschaft unter regelrechten Umständen erfolgt wäre, also nicht immer die volle Einlage, vielmehr gegebenenfalls um den Verlustanteil gemindert. Wenn daher der Komplementar diesen Verlustanteil bei der Berechnung des Guthabens trotz Kenntnis nicht berücksichtigt hat, so ist die auf Grund dieser Berechnung erfolgte Rückgewähr in erster Linie zum Teil als unentgeltliche Verfügung nach den besonderen Bestimmungen der K. O. anfechtbar, und hat er irrtümlicher Weise die Einlage ohne Abzug des Verlustanteils ausgezahlt, so ist die condictio indebiti gegeben. In beiden Fällen ist jedoch die Anfechtung gemäß § 342 H. G. B. auch bezüglich dieser Beträge nicht ausgeschlossen.[1])

Was den Ausdruck „Rückgewähr" angeht, so ist dieser, obschon die Bestimmung des § 342 H. G. B. eine Ausnahmesatzung darstellt, nicht so eng zu fassen, daß man sagt, nur die wirkliche Rückzahlung der geleisteten Einlage — die noch nicht geleistete fällige Einlage kann nicht zurückgewährt sondern nur erlassen werden — falle unter diesen Begriff.[2]) Einer derartigen Auslegung stände der Zweck des Gesetzes entgegen, der ja dahin geht, den stillen Gesellschafter die Gefahr des Verlustes seiner Einlageforderung im Konkurse des Komplementars tragen zu lassen. Es sind daher der Rückgewähr mit Rücksicht auf den Endzweck des Gesetzes alle diejenigen Rechtshandlungen gleichzustellen, welche in ihrem Erfolge mit ersterer übereinstimmen, d. h. den Wert der Einlage des stillen Gesellschafters der Konkursmasse entziehen. So fällt jede Art der Erfüllung unter den Begriff der Rückgewähr, insbesondere die Aufrechnung und die Hingabe an Zahlungsstatt, denn es sind beides Rechtshandlungen, die in gleicher Weise wie die Zahlung selbst benachteiligend für die übrigen Konkursgläubiger wirken. Ferner ist aber auch die Sicherheitsleistung z. B. durch Verpfändung von Mobilien oder Immobilien unter den Begriff der Rückgewähr zu subsumieren, denn hierdurch erlangt der stille Gesellschafter die Stellung eines Absonderungsberechtigten und geht folglich bei der Befriedigung aus den verpfändeten Gegenständen den übrigen Gläubigern

---

[1]) Vgl. Thöl, § 112, Anm. 3, S. 377; v. Hahn, § 5, Art 259, S. 644; Dießner, S. 32.

[2]) Vgl. Stühmke, S. 52; Dießner, S. 47.

vor.[3]) Somit ist auch hier der Erfolg derselbe wie bei einer wirklichen Zahlung; mit Rücksicht auf die Wirkung charakterisiert sich diese Pfandbestellung für die Einlageforderung als die zum Zwecke der Befriedigung erfolgte Hingabe eines Zahlungsmittels.[4])

Erlaß des Anteils am entstandenen Verluste.

Weiterhin ist die Befreiung vom Verlustanteil anfechtbar, und zwar kommt nur derjenige Verlust in Betracht, der bereits zur Zeit der Vereinbarung entstanden ist, nicht etwa der nachträglich entstehende Verlust.[1]) Denn eine derartige Vereinbarung stellt lediglich eine Aenderung des Gesellschaftsvertrages für die Zukunft dar, welche an sich zulässig ist, es sei denn, daß Voraussetzungen vorliegen, welche die Anfechtung der Vereinbarung nach den allgemeinen Bestimmungen der Konkursordnung begründen. Auch der Ausdruck Erlaß am entstandenen Verluste ist ebenso wie der Ausdruck Rückgewähr der Einlage mit Rücksicht auf die Tendenz des Gesetzes im weitesten Sinne zu nehmen. Liegt ein Erlaß am entstandenen Verluste in einer Novation, so ist auch diese anfechtbar. Wird z. B. das Guthaben des stillen Gesellschafters in eine verzinsliche oder unverzinsliche Darlehnsforderung in der Weise umgewandelt, daß diese Umwandlung auch auf die bereits zurückliegende Zeit ihre Wirkung ausüben soll, so ist dieses eine nach § 342 H. G. B. anfechtbare Rechtshandlung, während umgekehrt diejenige Novation, die nur für die Zukunft Rechtswirkung hat, der Anfechtung nicht unterliegt.[2])

Der Erlaß des zur Zeit der Vereinbarung bereits entstandenen Verlustes ist anfechtbar, und zwar ist hierbei unerheblich, ob zu dieser Zeit auch schon der Höhe nach dieser Verlust etwa durch Bilanzaufstellung fest-

---

[3]) Vgl. Cosack, H. G. B., § 112, XI 3 c, S. 547; Staub, Anm. 3, § 342, S. 1122; Lehmann-Ring, Nr. § 342, S. 680; Puchelt-Förtsch, Art. 259, Anm. 6, S. 672; Gareis-Fuchsberger, Anm. 21, Art. 259, S. 571; Makower II a, § 342, S. 959; Frank, S. 48; J. W., 90, 377[19].

[4]) Vgl. R. O., H. G., 14, 93.

[1]) Staub, Anm. 4, S. 342, S. 1122; Lehmann-Ring Nr. 4, § 342, S. 680; Goldmann, Anm. 4, § 342, S 1317; Behrend, § 95, Anm. 16, S. 686; R. G. 31, 37.

[2]) Vgl. Lehmann-Ring Nr. 4, § 342, S. 680; Staub, Anm. 11, § 342, S. 1123; Cosack, H. G. B., § 112 XI 3 c, S. 547; Puchelt-Förtsch, Art. 259, Anm. 7, S. 1072 f.; Behrend, S. 95, Anm. 20 u. 25, S. 687 f.; Makower II a, § 342, S. 959; Bauer, S. 63; Bucher, S. 105; Dießner, S. 47; Denkschrift, S. 186.

gestellt ist.[3]) Weiterhin ist unerheblich, ob dieser Verlust aus bereits eingezahlten oder noch rückständigen Einlagen hätte gedeckt werden müssen.[4]) Der Erlaß der fälligen, aber noch nicht eingezahlten Einlage ist zwar nicht ohne weiteres anfechtbar. Wird jedoch eine derartige Einlage erlassen, obschon bereits zu dieser Zeit Verlust entstanden war, der aus dieser Einlage hätte gedeckt werden müssen, so kann insoweit der Erlaß angefochten werden. Dieser Erlaß stellt sich nämlich in seiner Wirkung als Erlaß am entstandenen Verluste dar, da der stille Gesellschafter diesen Betrag der rückständigen Einlage gemäß § 341, Abs. 2 H. G. B. zur Konkursmasse einzuzahlen hat. Daß das Gesetz den Erlaß der noch nicht eingezahlten Einlage als solche der Anfechtung nicht unterwirft, ist eine konsequente Folge der rechtlichen Natur der stillen Gesellschaft, nach der es den Gesellschaftern unbenommen bleiben muß, die Gesellschaft jederzeit aufzulösen oder abzuändern.[5]) In dem Erlasse der rückständigen Einlage ist eine vollkommene berechtigte Aufhebung oder Abänderung des Gesellschaftsvertrages zu sehen.[6]) Eine Bestimmung, die den Erlaß der versprochenen Einlage ohne Einschränkung nach § 342 H. G. B. für anfechtbar erklärte, würde zudem der Bestimmung des § 341, Abs. 1 H. G. B. widersprechen, nach welcher der stille Gesellschafter nur in Höhe seines noch nicht gedeckten Verlustanteiles Konkursschuldner wird. Es würde nämlich im Falle des Erlasses die ganze Einlage in die Masse einzuzahlen sein, während andererseits, wenn kein Erlaß gewährt worden ist, nur die nicht gedeckte Verlustquote geschuldet würde.

Nach Thöl[7]) ist der Erlaß der rückständigen Einlage ohne jede Einschränkung anfechtbar, da es nach seiner Ansicht widersinnig wäre, zwei gleiche Fälle, nämlich den Erlaß am entstandenen Verluste einerseits und den Erlaß der rückständigen Einlage andererseits, verschieden zu behandeln, jedoch wendet dagegen Staub mit Recht ein, daß die Anwendung des Gesetzes sich an das halten muß, was das Gesetz vorgeschrieben hat und wenn es zwei ähnliche Fälle verschieden behandelt, der Anwender des Gesetzes zu einer gleichen Behandlung nicht berechtigt ist.

---

[3]) Makower II b § 342, S 959.

[4]) Vgl. wie zu 2.

[5]) Vgl. v. Hahn, § 8, Art. 259, S. 675.

[6]) Vgl. Protokoll der Nürnberger Kommissionsverhandlungen S. 4548, 4555.

[7]) Thöl I S 370, § 112, Anm. 6; Vgl. Staub, Anm. 11, § 342; S. 1123; Puchelt-Förtsch S. 671, a 4; Makower II b, § 342, S. 959; Bauer, S. 69, Frank S. 50; Pfennig, S. 98; Denkschrift 186.

3. Rechtsgrund des im § 342 H. G. B. aufgestellten Anfechtungsrechts im besonderen.

Benachteiligende Wirkung der anfechtbaren Rechtshandlungen.

Wie bereits gesagt, kann auf Grund der völligen Vertragsfreiheit unter den Gesellschaftern die Erhöhung oder Verminderung der Einlage und ebenso die Ausschließung des stillen Gesellschafters von der Tragung des Verlustes vereinbart werden, denn nur dem Komplementar gegenüber besteht die kontraktliche Gebundenheit des stillen Gesellschafters. An sich ist es demnach möglich, daß noch im letzten Moment vor der Konkurseröffnung dem stillen Gesellschafter die Einlage zurückgewährt oder der Anteil am entstandenen Verluste erlassen wird. Diese Rechtshandlungen würden aber unbilligerweise eine Benachteiligung der übrigen Gläubiger zu Gunsten des stillen Gesellschafters herbeiführen, und zwar ohne Unterschied, ob die Rückgewähr bezw. der Erlaß unter gleichzeitiger Auflösung der Gesellschaft stattgefunden hat oder nicht. Daher werden beide Fälle vom Gesetz in gleicher Weise der Anfechtung unterworfen (§ 342, Abs. 1, S. 2 H. G. B.) Die benachteiligende Wirkung liegt darin, daß im Falle der Rückgewähr der Einlage die Konkursmasse um den Betrag derselben gekürzt und somit die Konkursdividende des einzelnen Gläubigers gemindert wird, und daß im Falle des Erlasses des Anteiles am entstandenen Verluste der Konkursmasse eine Forderung in Höhe des für den stillen Gesellschafter bis zum Zeitpunkte der Vereinbarung entstandenen Verlustanteiles entzogen wird, folglich auch hier der an die Konkursgläubiger zur Auszahlung gelangende Betrag eine entsprechende Minderung erfährt. Diese benachteiligende Wirkung haben die hier fraglichen Rechtshandlungen mit denen, welche nach den Bestimmungen der Konkusordnung anfechtbar sind, gemeinsam, denn es ist eine allgemeine Voraussetzung, die zwar in § 29 K. O. nicht angeführt ist, sich aber aus der Natur und dem Zweck des Anfechtungsrechts ergibt. Es kann somit m. E. das Anfechtungsrecht aus § 342, H. G. B. nicht ausgeübt werden, wenn das Vermögen des Gemeinschuldners zur Befriedigung der Gläubiger ausreicht und auch eine sonstige Benachteiligung derselben nicht eintritt, etwa Verzögerung der Auszahlung.[1])

Unbilligkeit dieser Benachteiligung.

Weil diese Benachteiligung nach dem heutigen Rechtsgefühle als unbillig empfunden wird, soll sie wieder beseitigt werden können, indem man

[1]) A. M. Bauer, S. 64.

den Benachteiligten die rechtliche Möglichkeit gewährt, diejenigen Rechtshandlungen anzufechten, welche für die Benachteiligung kausal waren.

Grund der Unbilligkeit der Benachteiligung.

Weshalb erscheint nun die durch die Rückgewähr oder den Erlaß herbeigeführte Beeinträchtigung unbillig und deshalb ihre Anfechtung gerechtfertigt?

Unter diesem Gesichtspunkte kann man die Anfechtungsgründe der Konkursordnung in drei Hauptkategorien teilen, nämlich in die sogenannte Absichtsanfechtung, die Schenkungsanfechtung und die engere Konkursanfechtung.

Welcher Kategorie kann man nun den Anfechtungsgrund aus § 342 H. G. B. zuteilen?

Bei der Absichtsanfechtung gemäß § 31, Nr. 1, K. O. ist ein in der Person des Gemeinschuldners und desjenigen, dem gegenüber die Rechtshandlung vorgenommen worden ist, liegendes Moment, welches die eingetretene Benachteiligung als ungerechtfertigt erscheinen läßt. Dieses Moment ist einerseits die Absicht des Gemeinschuldners, die übrigen Gläubiger zu benachteiligen, und andererseits die Kenntnis des Begünstigten von dieser Absicht.

Eine derartige Absicht wird in § 342 H. G. B. nicht verlangt.[1] Es ist völlig unerheblich, was die Gesellschafter mit der Vornahme der Rechtshandlungen bezwecken. Die Behauptung, daß im Falle einer innerhalb der gesetzten Frist getroffenen derartigen Vereinbarung die Vermutung begründet sei, daß der stille Gesellschafter mit dem Geschäftsinhaber zum Nachteile der Gläubiger des letzteren kolludiert habe und auf dieser Vermutung § 342 H. G. B. beruhe, ist unzutreffend.[2] Nach v. Hahn[3] soll die Bestimmung sogar eine Fiktion des Dolus der beiden Gesellschafter enthalten. Das Reichsgericht behauptet, daß das Gesetz annehme, Rückzahlungen, in so kurzer Zeit vor Eröffnung des Konkurses erfolgt, bezweckten die Begünstigung des stillen Gesellschafters vor anderen Gläubigern.[4]

Bei der Schenkungsanfechtung gemäß § 32, Nr. 1., K. O. ist es im Gegensatz zu der Absichtsanfechtung gänzlich irrelevant, aus welchen

---

[1]) Goldmann, Anm. 6, § 342, S. 1317; Denkschrift, S. 185; Stühmke, S. 50; Dießner, S. 48; J. W. 00, 621[1]; 95, 203[20].

[2]) Vgl. Gareis-Fuchsberger, Anm. 22. Art. 259, S. 572.

[3]) v. Hahn, § 1, Art. 259, S. 693, und § 14, Art. 259, S. 697.

[4]) J. W. 95, 203[20].

Motiven heraus der Gemeinschuldner gehandelt hat. Hier ist es lediglich das objektive Moment der Unentgeltlichkeit der Verfügung, welches die Benachteiligung ungerechtfertigt erscheinen läßt.

Auch dieses Erfordernis stellt § 342 H. G. B. nicht auf. Ob für die Rückgewähr der Einlage oder den Erlaß des Verlustanteils ein Aequivalent oder überhaupt eine Gegenleistung gewährt worden ist, ist gleichgültig.

Bei der engeren Konkursanfechtung gemäß § 30 K. O. wird das Anfechtungsrecht gegen kurz vor der Konkurseröffnung vorgenommene Rechtshandlungen gegeben, die dem Gläubiger eine Befriedigung oder Sicherstellung gewährt haben, welche er nicht, nicht zu der Zeit oder nicht in der Art zu beanspruchen hatte. Hier liegt das Unbillige der Benachteiligung hauptsächlich in der Inkongruenz der Befriedigungsart, allerdings verbunden mit der durch Gegenbeweis zu entkräftenden Präsumtion, daß der Gemeinschuldner die Absicht hatte, den Gläubiger vor den übrigen zu begünstigen.

Abgesehen davon, daß eine derartige Präsumtion in § 342 H. G. B. nicht aufgestellt wird — subjektive Momente gehören überhaupt nicht zu den Voraussetzungen dieser Bestimmung[5]) — ist der Anfechtungsgrund des § 342 H. G. B. mit jener sogenannten engeren Konkursanfechtung, und zwar mit der in § 30, Abs. 2, K. O. aufgestellten, insofern verwandt, als in beiden Anfechtungsgründen der objektive Tatbestand ähnlichen Charakter trägt und auch in beiden Fällen das ausschlaggebende Moment bildet.

In beiden Fällen wird das Vermögen des Gemeinschuldners gewisse Zeit vor der Konkurseröffnung gegenüber den fraglichen Rechtshandlungen gebunden. In § 30, Abs. 2, K. O. werden in zeitlicher Beziehung diejenigen Rechtshandlungen für anfechtbar erklärt, welche frühestens in den letzten zehn Tagen vor der Zahlungseinstellung oder dem Konkursantrage vorgenommen worden sind. Nach § 342 H. G. B. können die anfechtbaren Rechtshandlungen bis zu einem Jahre vor der Konkurseröffnung zurückliegen, eine Erweiterung der Anfechtungsmöglichkeit, die sich mit Rücksicht auf die besondere Natur des zwischen den Gesellschaftern bestehenden Rechtsverhältnisses rechtfertigt.

In beiden Gesetzesbestimmungen ist die Art der anfechtbaren Rechtshandlungen insofern dieselbe, als dem Gläubiger etwas gewährt wird, auf das er nicht oder nicht zu der Zeit oder nicht in der Art Anspruch hat. Es muß nämlich die Rückgewähr der Einlage oder die Befreiung von der Tragung des Verlustanteils „auf Grund einer Vereinbarung" zwischen den

[5]) Behrend, Anm. 10, § 95, S. 685; a. M., v. Hahn, a. a. O.

Gesellschaftern erfolgt sein. Hiermit soll nicht etwa bestimmt werden, daß eine Vereinbarung zeitlich der Rückgewähr oder dem Erlasse vorausgehen muß, diese können vielmehr auch zusammenfallen, was stets der Fall sein wird, wenn der Verlustanteil erlassen wird.[6]) Es soll mit dem Ausdruck „auf Grund Vereinbarung" nur festgestellt werden, auf welchem Rechtsgrunde die Rückgewähr oder der Erlaß beruhen muß, um angefochten werden zu können. Hiernach ist das Entscheidende, daß es der freie Wille beider Parteien gewesen ist, die Rückgewähr oder den Erlaß zu bewilligen bezw. anzunehmen.[7]) Der rechtliche Anspruch des stillen Gesellschafters muß sich auf die Vereinbarung stützen und diese Vereinbarung muß wiederum in das kritische Jahr fallen. Im Gegensatz hierzu soll diejenige Rückgewähr oder derjenige Erlaß nicht unter die Bestimmung des § 342 H. G. B. fallen, auf deren Vornahme der stille Gesellschafter ohne eine nachträgliche Vereinbarung einen rechtlichen Anspruch hat, und dies ist jedes Mal dann als vorliegend zu erachten, wenn die Rückgewähr oder der Erlaß auf Gesetz oder Gesellschaftsvertrag beruhen.

Findet sich im Gesellschaftsvertrage eine diesbezügliche Vereinbarung, so ist diese selbst dann nicht anfechtbar, wenn der Gesellschaftsvertrag erst im letzten Jahre vor der Konkurseröffnung geschlossen worden ist, vielmehr muß die Vereinbarung stets während Bestehens der Gesellschaft getroffen worden sein.[8]) Wenn dies auch nicht aus dem Wortlaute der Bestimmung zu entnehmen ist, so muß dieselbe doch in diesem Sinne ausgelegt werden. Denn es wäre nicht einzusehen, wie darin eine Benachteiligung der Konkursgläubiger liegen soll, daß der stille Gesellschafter von vorneherein seine Verpflichtung zur Beitragsleistung oder Tragung des Verlustanteils auf eine bestimmte Zeit beschränkt oder sich eine Sicherheit durch Pfandbestellung gewähren läßt. Es tritt hierdurch ja keine Entbindung von einer bestehenden Verpflichtung ein, vielmehr entsteht zugleich mit der Verpflichtung sein Anspruch, und demnach ist dieser nicht von dem freien Willen des Komplementars abhängig. Aus denselben Gründen kann die Rückzahlung der Einlage nicht angefochten werden, welche sich auf eine einseitige Rechtshandlung des stillen Gesellschafters stützt, denn auch hier wird diesem etwas gewährt, auf das er einen rechtlichen Anspruch hat, sodaß also eine

---

[6]) Vgl. Makower II c, § 342 S. 959.

[7]) Vgl. Bucher, S. 104.

[8]) Vgl. Staub, Anm. 1, § 342, S. 1121; Lehmann-Ring, Nr. § 342, S. 68); Goldmann, Anm. 2, § 342, S. 1317; Makower a. a. O.; Behrend, Anm. 9, S. 685; Bolze 2 Nr. 1101; Gruchot 29, 997.

Inkongruenz nicht vorliegt. Wenn z. B. der stille Gesellschafter unter Beobachtung der vertraglichen Bestimmungen das Gesellschaftsverhältnis kündigt oder die Auflösung durch Anfechtung des Vertrages wegen Betrugs herbeiführt, so kann die auf diesem Wege erzwungene Rückgewähr nicht angefochten werden. Ebenso ist § 342 H. G. B. nicht anwendbar, wenn durch den Tod des Komplementars oder Ablauf der Zeit die stille Gesellschaft aufgelöst wird.[9]) Wenn dagegen z. B. der stille Gesellschafter zur Unzeit kündigt und der Komplementar, auf diese Kündigung eingehend, ihm die Einlage zurückgewährt, so ist diese Rückgewähr anfechtbar, denn hier liegt eine nachträgliche freie Vereinbarung zwischen den Gesellschaftern vor und dem stillen Gesellschafter wird auf Grund dieser Vereinbarung ein Vermögensvorteil gewährt, auf den er ohne jene Vereinbarung zur fraglichen Zeit keinen Anspruch hatte.[10]) Nicht nötig ist, daß die Vereinbarung direkt auf die Rückgewähr Bezug nimmt, ausreichend ist vielmehr, wenn aus dem Inhalte der Vereinbarung die Rückgewähr sich als rechtliche Folge ergibt.

Trotz einer unter den Gesellschaftern frei vereinbarten Auflösung ist eine hierauf erfolgte Rückgewähr dann nicht anfechtbar, wenn der Gesellschaftsvertrag wegen Betrugs anfechtbar und vor der Auflösung die Anfechtung erklärt war, denn hier ist dem stillen Gesellschafter auf Grund der Auflösungsübereinkunft nichts anderes gewährt worden, als ihm bereits auf Grund der gültig erfolgten Anfechtung von Rechtswegen zustand.[11])

Aus denselben Gründen kann eine Anfechtung nicht erfolgen, wenn die Vereinbarung allerdings innerhalb des kritischen Jahres getroffen worden ist, diese Vereinbarung aber inhaltlich mit dem ursprünglichen Gesellschaftsvertrage übereinstimmt.[12])

Die Vereinbarung muß zwischen dem Komplementar und dem stillen Gesellschafter getroffen worden sein. Wenn aber der Komplementar mit einer dritten Person zu Gunsten des stillen Gesellschafters einen Vertrag dahingehend abschließt, daß dem stillen Gesellschafter die Einlage zurückgewährt oder der Anteil am entstandenen Verluste erlassen werden soll, so kann die Erfüllung dieses Vertrages trotzdem angefochten werden, da

---

[9]) Vgl. Makower a. a. O.; Lehmann-Ring a. a. O.; Bauer S. 61 f.

[10]) Staub, Anm 1, § 342, S. 1121; v. Hahn, § 4, Art. 259, S. 694; Makower a. a. O.; Bauer S. 62; J. W. 92, 203[20]; R. G. Z. 48, 344.

[11]) Vgl. J. W. 95, 203[20]; Makower a. a. O.

[12]) Staub, Anm. 2, § 342, S. 1122.

in diesem Falle mit Makower[13]) zu sagen ist, daß durch die Annahme der zurückgewährten Einlage der stille Gesellschafter dem Vertrage beitritt, und somit eine Vereinbarung zwischen den beiden Gesellschaftern zustande kommt.

Ist eine offene Handelsgesellschaft Geschäftsinhaberin, so würde eine zwischen dem stillen Gesellschafter und einem persönlich haftenden Gesellschafter getroffenen Vereinbarung, bei welcher letzterer in eigenem Namen und nicht als Vertreter der Gesellschaft aufgetreten ist, keine Vereinbarung im Sinne des § 342 H. G. B. darstellen.

Gegenbeweis des stillen Gesellschafters, daß der Konkurs in Umständen seinen Grund hat, die erst nach der Vereinbarung eingetreten sind.

Ist unter den oben dargelegten Voraussetzungen eine Rückgewähr oder ein Erlaß erfolgt, so ist diese Rechtshandlung gemäß § 342 H. G. B. anfechtbar.

Diese Anfechtung kann der stille Gesellschafter entkräften, wenn er beweist, daß der Konkurs in Umständen seinen Grund hat, die erst nach der Vereinbarung der Rückgewähr oder des Erlasses eingetreten sind. Durch diesen Beweis soll jedoch der stille Gesellschafter im Gegensatz zu dem Einredebeweis aus § 30 Nr. 2 K. O. nicht etwa seine bona fides bei dem Zustandekommen der Vereinbarung dartun, wenn auch tatsächlich eine derartige Beweisführung ihn regelmäßig von jedem Verdachte der Kenntnis einer auf Seiten des Komplementars vielleicht vorliegenden Benachteiligungs- oder Begünstigungsabsicht befreien wird. Wird vielmehr dieser Beweis erbracht, so bietet der hierdurch festgestellte objektive Sachverhalt keine Veranlassung mehr, die Rückgewähr oder den Erlaß als den übrigen Gläubigern gegenüber ungerechtfertigt erscheinen zu lassen. Das Vermögen des Geschäftsinhabers vor dem den Konkurs herbeiführenden Ereignisse zu Gunsten der gesamten Gläubiger zu binden, wäre zu weitgehend. Für den Fall jedoch, daß vom stillen Gesellschafter dieser Beweis nicht geführt wird, stellt das Gesetz die Präsumtion auf, daß bereits zur Zeit der Vereinbarung die Ursache des später eintretenden Konkurses vorgelegen hat.

Der stille Gesellschafter kann aber nur dann die Anfechtung entkräften, wenn er dartut, daß die „alleinige Ursache" in einem Umstande

[13]) Makower II c 3, § 342, S. 960.

zu suchen ist, der erst nach der Vereinbarung eingetreten ist. Ist daher in der Vereinbarung selbst die Ursache des Vermögensverfalles zu erblicken, so kann der Beweis nicht geführt werden; denn die Vereinbarung ist nicht ein Umstand, der erst „nach" der Vereinbarung eingetreten ist.[1]) Auch dann ist die Beweisführung ausgeschlossen, wenn die Vereinbarung nur mitbestimmende Ursache gewesen und die nächste Ursache, welche der Konkurs unmittelbar herbeigeführt hat, erst später eingetreten ist, denn sämtliche für den Konkurseintritt erhebliche Umstände müssen „nach" der Vereinbarung eingetreten sein.[2]) Aus diesen Gründen genügt auch nicht nachzuweisen, daß irgend eine schwere Katastrophe z. B. ein Krieg die unmittelbare Veranlassung des Konkursausbruches bildet und diese erst nach der Vereinbarung eingetreten ist, denn hier kann ja unter Umständen die Katastrophe lediglich die äußere Veranlassung gewesen sein, sie kann dem Geschäft gleichsam den letzten Stoß versetzt haben, während mitwirkende Ursachen bereits zur Zeit der Vereinbarung vorgelegen haben. Ebenso räumt die Tatsache, daß zur Zeit der Vereinbarung eine Insolvenz oder Ueberschuldung des Komplementars nicht vorhanden gewesen ist, die Möglichkeit nicht aus, daß bereits zu dieser Zeit die Keime des Konkurses vorhanden waren.[3]) Dagegen ist wohl der Entlastungsbeweis als geführt anzusehen, wenn der stille Gesellschafter dartut, daß der Vermögensverfall lediglich durch den unvorhergesehenen Zusammenbruch derjenigen Bank, mit welcher der Komplementar in Geschäftsverbindungen gestanden hat, herbeigeführt worden ist oder die Ursache in dem gänzlichen Fehlschlagen einer größeren Spekulation zu erblicken ist. Diesen Fällen ist derjenige gleichzustellen in dem der Konkurs durch die Zahlungseinstellung eines Schuldners herbeigeführt wird, dem erst nach der Vereinbarung Kredit gewährt worden ist.[4])

Ob der später eintretende Umstand von den Gesellschaftern zur Zeit der Vereinbarung vorausgesehen wurde oder vorausgesehen werden konnte, ist mit Rücksicht auf die Natur der aufgestellten Präsumtion völlig unerheblich. Auf den guten Glauben der Gesellschafter kommt es nicht an, und daher kann auch nicht der Nachweis genügen, daß zur Zeit der

---

1) Vgl. Bauer, S. 67.

2) R O. H. G. 14, 94.

3) Vgl. Staub, Anm. 5, § 342, S. 1122; Lehmann-Ring, § 342 IV, Nr. 9, S. 681; Gareis-Fuchsberger, Anm. 25, Art. 295, S 572; Puchelt-Firtsch, Art. 259, Anm. 8, S. 673.

4) Cosack, A. R., S. 218 d.

Vereinbarung auch bei Berücksichtigung der wahrscheinlichen Folgen jener Vereinbarung keine Zahlungseinstellung oder Ueberschuldung in Aussicht stand, sofern sich nachher trotzdem herausstellt, daß die Zahlungseinstellung durch diese Vereinbarung mitverursacht worden ist, denn dieser objektive Tatbestand schließt den Gegenbeweis aus § 342, Abs. 2, H. G. B. aus.[5])

Ich stelle nunmehr auf Grund der obigen Feststellungen die Behauptung auf, daß die Unbilligkeit der Rückgewähr bezw. des Erlasses und somit die innere Berechtigung des § 342 H. G. B. darin zu erblicken ist, daß den stillen Gesellschafter eine inkongruente Befriedigung gewährt wird, und zwar unter Umständen, welche die vom Gesetz aufgestellte Präsumtion rechtfertigen, daß bereits zur Zeit der Vereinbarung die den Konkurs herbeiführenden Umstände vorgelegt haben.[6]) Es sind also lediglich objektive Momente, die die Anfechtung begründen, und zwar Momente, die gegenüber dem Anfechtungsrecht aus § 30 Nr. 2 K. O. die Rechtshandlungen in verschärfter Weise der Anfechtung aussetzen. Diese Verschärfung rechtfertigt sich eben aus der gesellschaftlichen Stellung des stillen Gesellschafters, der als solcher vor allen übrigen Konkursgläubigern wirtschaftlich besonders eng mit dem Komplementar verbunden war. Nähme der stille Gesellschafter die Stellung eines einfachen Darleihers ein, so wäre diese Sonderbestimmung des § 342 H. G. B. nicht am Platze.[7]) Da aber im Gegensatz zu diesem seine Einlage auch rechtlich an den Ergebnissen des vom Geschäftsinhabers betriebenen Handelsgeschäfts teilnimmt, haben die Gläubiger des Komplementars, zumal da eine direkte Haftung des stillen Gesellschafters gegenüber diesen nicht besteht, ein erhöhtes Interesse daran, daß die Beteiligung des stillen Gesellschafters auch bei Eintritt der den Konkurs bedingenden Tatsachen fortbesteht und nicht mehr nach Willkür der Gesellschafter zu ihrem Nachteil geändert wird.[8])

Nach Ansicht von Jaeger[9]) ist der Grundgedanke der Anfechtung, daß der stille Teilhaber in den Grenzen seiner Verlustbeteiligung nicht wie ein Darlehnsgeber mit den Geschäftsgläubigern konkurriert, sondern eine Garantiehaft trägt. Stützt sich also auch Jaeger offenbar auf die gesellschaftliche Stellung des stillen Gesellschafters, so möchte ich doch gerade mit Rücksicht auf die besondere Natur des stillen Gesellschaftsverhältnisses

---

[5]) R. O. H. G., 14, 93—96; A. M.: Makower II c, § 342, S. 961.
[6]) Vgl. Goldmann, Anm. 7, § 342, S. 1318.
[7]) Cosack, A. R. Nr. 4, S. 217.
[8]) Cosack, A R. Nr. 4 a und b, S. 217.
[9]) Jaeger, A. R., S. 32.

die Aufstellung einer „Garantiehaft" als zu weitgehend oder doch zum mindesten irreführend bezeichnen, da mit den lediglich nach innen wirkenden Rechtsbeziehungen der beiden Gesellschafter eine wirkliche Haftung des stillen Gesellschafters dritten Personen, d. i. hier den Konkursgläubigern, gegenüber nicht vereinbar ist. Die Bestimmung des § 342 H. G. B. begründet keine direkte Haftung des stillen Gesellschafters, wenn auch zuzugeben ist, daß die gültig erfolgte Anfechtung gemäß § 342 H. G. B. eine ähnliche Rechtslage schafft, als wenn der stille Gesellschafter mit der Eingehung des Gesellschaftsvertrages Dritten gegenüber für den Fall des Konkurses über das Vermögen des Komplementars in Höhe seiner Verlustbeteiligung eine Garantiehaft übernommen hätte. Der § 342 H. G. B. gewährt nämlich den Gläubigern des Geschäftsinhabers ein direktes Klagerecht, das für sie durch den Konkursverwalter ausgeübt wird.

Die Bestimmung des § 342 H. G. B. ist in ihrem Erfolge der für den Kommanditisten gegebenen und sich aus seiner direkten Haftpflicht rechtfertigenden Vorschrift des § 172 H. G B. ähnlich, welche besagt, daß im Verhältnis zu den Gesellschaftsgläubigern die Einlage zum Betrage der durch Rückzahlung oder Gewinn- und Zinsenbezüge erfolgte Verminderung als nicht eingezahlte und die Einlagepflicht, soweit sie erlassen, als weiter bestehend angesehen werden soll.[10])

Mit Rücksicht auf diese Bestimmung sowie mit Rücksicht auf die anders geartete rechtliche Natur der Kommanditgesellschaft ist eine Vorschrift des in § 342 H. G. B. aufgestellten Inhalts für den Fall des Konkurses über das Vermögen der Kommanditgesellschaft überflüssig. Der Kommanditist übernimmt mit seiner Stellung als Gesellschafter eine Haftung dritten Personen gegenüber in Höhe seiner eingetragenen Einlage und diese Haftung kann nicht ohne weiteres mit Rechtswirkung nach außen durch interne Vereinbarung unter den Gesellschaftern beschränkt oder ganz aufgehoben werden, wenn auch im Innenverhältnis eine solche Vereinbarung gültig getroffen werden kann. Mag demnach nach innen die Verlustbeteiligung des Kommanditisten geregelt sein, wie sie will, mag ihm Stundung oder Erlaß der Einlage gewährt oder dieselbe zurückgezahlt worden sein, mag ihm trotz Verminderung seiner Einlage Gewinn ausbezahlt worden sein, nach außen hin haftet er stets in Höhe seiner Einlage, ob Konkurs eröffnet ist oder nicht. Eine Einwendung aus dem inneren Rechtsverhältnisse kann der Kommanditist nicht entgegensetzen.[11])

[10]) J. W. 96, 374[24].

[11]) Vgl. Staub, Anm. 5, § 172; Behrend, § 89, S. 639; Fäh, S. 30; R. G. Z. 1, 74.

Auch bei der Kommanditgesellschaft ist es gleichgültig, in welcher Form sich die Rückzahlung vollzieht; sie kann durch Barzahlung, Herausgabe von eingelegten Sachen, Hingabe an Zahlungsstatt erfolgen, sofern nur der Betrag aus dem Gesellschaftsvermögen in das Privatvermögen des Kommanditisten übergeht. Dasselbe ist der Fall, wenn die Rückgewähr oder der Erlaß erst nach Auflösung der Gesellschaft erfolgt ist.[12])

Eine günstigere Stellung gewährt der § 172, Absatz 5, H. G. B. dem Kommanditisten nur in Bezug auf eine Gewinnauszahlung, auf welche er keinen rechtlichen Anspruch hatte. Während nämlich eine an den stillen Gesellschafter erfolgte Auszahlung von Gewinn, der von Rechtswegen seiner Einlage hätte zugeschrieben werden müssen, stets bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen des § 342 H. G. B. als Rückgewähr eines Teiles der Einlage angefochten werden kann, ist der Kommanditist in keinem Falle verpflichtet, dasjenige zurückzuzahlen, was er auf Grund einer im guten Glauben errichteten Bilanz in gutem Glauben bezogen hat. Trotzdem haben die übrigen Gesellschafter das Recht, den Gewinn wegen ungerechtfertiger Bereicherung zurückzuverlangen, wenn z. B. die Gewinnauszahlung auf einen Rechenfehler in der Bilanz zurückzuführen ist.[13])

4. Die Rechtswirkung der Anfechtung gemäß § 342 H. G. B.

Die Rechtswirkung der gültig erfolgten Anfechtung ist, daß der stille Gesellschafter die ihm zurückgewährte Einlage in Höhe des von ihm zu tragenden Verlustes in die Konkursmasse einzahlen muß und daß der Erlaß des Anteils am entstandenen Verluste als nicht rechtswirksam geschehen angesehen wird.

Ist zugleich mit der Rückzahlung der Einlage oder dem Erlasse des Verlustanteils die Gesellschaft aufgelöst worden, so kommt derjenige Verlust in Anrechnung, der bis zu dieser Auflösung entstanden war, in anderem Falle ist der Zeitpunkt der Konkurseröffnung maßgebend. Den diesen Verlustanteil etwa überschießende Betrag der zurückgewährten Einlage braucht er nicht als Konkursgläubiger zu liquidieren, kann ihn vielmehr zurückbehalten.[14])

---

[12]) Vgl. Lehmann-Ring Nr. 4 A zu § 172, S. 363; Behrend § 89, S. 40 und Anm. 2 a.

[13]) Vgl. Makower III b, § 272, S. 436; Reinhardt, S. 57.

[14]) Vgl. Gareis-Fuchsberger, Anm. 24, Art. 259, S. 572.

Auch der Kommanditist hat die Beträge, welche ihm zu Unrecht zurückgewährt worden sind und demnach gemäß § 172 H. G. B. als nicht eingezahlte Einlage gelten, in die Konkursmasse einzuzahlen und zwar in voller Höhe. Der Konkursverwalter des Gesellschaftskonkurses hat diese Beträge einzuziehen.

Das Anfechtungsrecht wird, wie bereits gesagt, von dem Konkursverwalter für die Konkursgläubiger ausgeübt. Es kann sowohl gegen den stillen Gesellschafter selbst wie auch gegen dessen Erben und sonstige Rechtsnachfolger geltend gemacht werden.[15]) Es erlischt, da es dem Gemeinschuldner nicht zusteht, mit der Beendigung des Konkursverfahrens.[16])

---

[15]) Stühmke, S 50.
[16]) Bucher, S. 107.